

**VANESSA SCOPEL BONATTO**

**NOVA CONCEPÇÃO DO CONTRATO:  
PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE NA ABORDAGEM DE TERESA  
NEGREIROS**

**CURITIBA  
2007**

**VANESSA SCOPEL BONATTO**

**NOVA CONCEPÇÃO DO CONTRATO:  
PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE NA ABORDAGEM DE TERESA  
NEGREIROS**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Paraná, como  
requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Márcia Carla  
Pereira Ribeiro

**CURITIBA  
2007**

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, pelas palavras de incentivo e pelos gestos de amor.

À minha irmã, pela cumplicidade e sinceridade.

À Professora Márcia Carla, pela exigência e orientação.

À Karmel, por ter me ensinado que na vida não importa o mérito da conquista, mas sim o amor que sentimos por tê-la alcançado.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	iii
1. INTRODUÇÃO.....	4
2. CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO CONTRATO.....	7
2.1. Definição jurídica.....	7
2.2. Direito Romano, Direito Canônico, Direito Natural.....	9
2.3. Revolução Francesa: dogma da vontade e da liberdade de contratar....	11
2.4. Codificações.....	15
2.5. Revolução Industrial e a contratação em massa.....	17
2.6. Crise do contrato liberal. Estado de Bem-Estar Social.....	20
3. CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	25
3.1. Socialização do Direito do Contrato.....	25
3.2. Novo Princípios Contratuais.....	28
a) Boa-fé objetiva.....	30
b) Justiça Contratual.....	34
c) Função Social do Contrato.....	36
4. FRAGMENTAÇÃO DO CONTRATO.....	41
4.1. Nova crise do contrato? Teresa Negreiros <i>versus</i> Eros Grau.....	41
4.2. Fragmentação do conceito e o paradigma da essencialidade.....	46
4.3. Nova classificação dos contratos.....	50
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

## RESUMO

De início, aborda-se a concepção tradicional do contrato, baseada nos dogmas da vontade e da liberdade de contratar, desde a sua formação jurídico-filosófica, à época da Revolução Francesa, sob a influência do Direito Canônico e do Direito Natural, até a constituição da sociedade pós-industrializada, momento em que o modelo liberal do contrato entrou em crise, em razão da massificação das relações contratuais. O capítulo seguinte trata, no âmbito nacional, da crise do modelo liberal e, posteriormente, da socialização do contrato, a qual se materializou, primeiramente, com a Constituição de 1988, e mais tarde com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil Brasileiro de 2002. Além disso, contém uma breve análise sobre os princípios sociais do contrato, que foram recepcionados pelas mencionadas legislações, quais sejam: a boa-fé objetiva, a justiça contratual e a função social do contrato. No último capítulo, questiona-se qual o papel do contrato em nossa atual sociedade, bem como se constata a ausência de um regime único aplicável aos contratos, uma vez que o nosso sistema recepciona tanto os valores de índole patrimonial quanto os de índole existencial. Por fim, propõe-se que a compatibilização entre os referidos princípios contratuais seja feita mediante a aplicação do “paradigma da essencialidade”, segundo o qual o regime de contrato aplicado deve ser definido de acordo com a relevância do bem aos contratantes.

Palavras-chave: concepção tradicional, concepção social, interesses patrimoniais, interesses existenciais, paradigma da essencialidade.

**LISTA DE ABREVIATURAS**

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil Alemão de 1900

CCB - Código Civil Brasileiro de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

## 1. INTRODUÇÃO

O interesse pelo tema dos contratos nasceu nas aulas da Optativa de Contratos Mercantis. A abordagem muitas vezes crítica e instigante me despertou a curiosidade por saber que forma assume esse símbolo do modelo econômico liberal-capitalista, instrumento de circulação de riquezas, em uma sociedade que, como a nossa, tem por princípios constitucionais e direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana e a justiça contratual.

É nesse panorama que se insere o presente trabalho, que tem por objetivo abordar aspectos da evolução conceitual e paradigmática do contrato, desde a formação da concepção tradicional até os dias de hoje, quando se aventa uma concepção pós-moderna ou contemporânea do contrato.

A questão que se põe hodiernamente é a confluência de valores de distinta natureza sobre um mesmo contrato. Observa-se a ausência de um regime único e geral, assim como se observava antigamente, que cuide de modo linear do contrato.

Quando do nascimento da concepção tradicional do contrato, de fato, seus fundamentos eram bem determinados: a autonomia da vontade e a liberdade plena de contratar. Só esses princípios é que regiam os contratos em geral. Ocorre que, com o advento da sociedade massificada e de consumo, a concepção liberal do contrato entrou em crise, pois a desigualdade entre as partes contratantes começou a se tornar evidente, gerando a insatisfação na população. Em face disso, construiu-se uma concepção social do contrato, fundada nos valores da solidariedade e da dignidade humana, destinada a contornar a desigualdade real entre os contratantes.

No Brasil esta inversão dos valores, de superação do conceito individualista de contrato ocorreu, primeiramente, com a Constituição Federal que consagrou em seu texto, como direitos fundamentais, os princípios sociais da dignidade humana e da igualdade substancial. Posteriormente, vieram o Código de Defesa do Consumidor e as suas cláusulas gerais de proteção ao consumidor vulnerável, e em seguida, o Código Civil Brasileiro, vigente desde 2003, congregando os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Essas legislações, em nosso país, são um marco de superação do modelo de contrato arraigado à liberdade de contratar e à vontade de contratar. Todavia, não significa dizer que esses ideais, bem como o papel de instrumento de circulação econômica, foram completamente abandonados. Nem se poderia cogitar dessa possibilidade, sob pena de se estar desnaturando a própria essência econômica do contrato, que é a de servir de instrumento de relações comerciais.

Não há que se falar, portanto, da “morte do contrato”, mas sim da reconstrução de sua teoria, tendo em vista o conjunto de princípios contratuais previstos na Constituição.

Na lógica do sistema de consumo e capitalista, o contrato é componente fundamental. Dessa forma, a sua função original continua a mesma. Porém, devido às noções sociais recepcionadas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, o contrato assumiu uma segunda e nova função, qual seja a de servir de instrumento de garantia dos direitos fundamentais.

Com isso, os princípios tradicionais do contrato - a liberdade de contratar e da autonomia da vontade – encontraram um limite, na medida em que devem se tornar compatíveis com a nova concepção do contrato. Desse modo, tornaram-se relativizados.

Com efeito, o que se tem hoje é um regime contratual composto por normas que acatam ora valores de ordem liberal, ora valores de ordem social. Faz-se necessário determinar em que casos é que cada um dessas normas/princípios deverão ser aplicados, e se conflitantes, quais deverão prevalecer.

Há quem entenda, entretanto, que o conceito do contrato não sofreu alterações substanciais, e que hoje, não há que se falar em novos paradigmas do contrato ou nova função do mesmo, uma vez que o contrato continua servindo única e exclusivamente de instrumento econômico de circulação de bens.

Para fins do presente estudo, todavia, tomar-se-á como pressuposto que o contrato tem um novo papel na sociedade, estando alinhado tanto a interesses patrimoniais quanto existenciais. Nesse passo, adota-se a teoria de Teresa Negreiros, que trata da diversidade e da compatibilização dos princípios regentes do contrato, apresentando como possível solução: o “paradigma da essencialidade”.

De acordo com referido paradigma, o regime aplicável ao contrato deverá ser determinado tendo em vista a essencialidade do bem, ou seja, o valor existencial deste bem à pessoa do contratado. Em se tratando de bem de valor apenas



patrimonial, deve-se aplicar as regras de cunho liberal. No entanto, se o bem for imprescindível à existência digna humana, devem ser aplicados os princípios sociais. A decisão é tomada a partir do bem, ou melhor, do significado e da necessidade deste à pessoa do contratante.

É uma das propostas de solução possíveis. Existem outras, mas esta é a que se abordará neste trabalho.

## 2. CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO CONTRATO

### 2.1. Definição jurídica

O Novo Código Civil Brasileiro, em vigor desde janeiro de 2003, prevê a figura genérica do fato jurídico, que engloba aqueles atos e acontecimentos que podem ocasionar efeitos jurídicos. Classificam-se tais fatos em: fato jurídico em sentido estrito, ato jurídico lícito e ilícito, e o negócio jurídico. Para os fins do presente estudo, importará estudar essa última categoria, por ser onde se encaixa a figura do contrato, conforme se demonstrará a seguir.

A terminologia do negócio jurídico nasceu no Direito Alemão, mais especificadamente, com o Código Alemão de 1900, o qual criou a categoria geral do negócio jurídico, da qual o contrato seria uma subespécie. O Código Francês, por sua vez, que também era fruto de uma sociedade incipiente capitalista, assim como o alemão, não adotou tal terminologia, de modo que o contrato era a própria categoria geral. O nosso Código atual, apesar das fervorosas críticas lançadas à teoria do negócio jurídico alemã, segundo as quais ela seria abstrata e genérica, absorveu-a, inclusive, destinando-lhe um título inteiro.

No ensinamento de Alvim, a figura do negócio jurídico tem por escopo *“disciplinar determinadas realidades de uma maneira acabada, distinguindo-a de outras realidades não tão acabadas, uma vez que para os negócios jurídicos, exigem-se requisitos rígidos”*<sup>1</sup>. Recorde-se que, apesar de o negócio jurídico não ter sido mencionado pelo Código de 1916, teve seu conceito – art. 81. “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, transferir, modificar ou extinguir direitos” - empregado para definir o ato jurídico. O presente Código, então, corrigiu essa incongruência, referindo-se às duas categorias como coisas distintas, nos termos do art. 185 do CCB, que diz: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”.

Por outro lado, o Código de 2002, embora tenha dedicado um título inteiro ao negócio jurídico, não fez qualquer referência ao seu conceito. Assim, coube à doutrina se preocupar em cogitar definições. Segundo Silvio de Salvo Venosa, há

---

<sup>1</sup>ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no Novo Código Civil**. In: Doutrina Civil – Primeira Edição. Editora RT, 2003, 92º Ano, p. 13.

negócio jurídico “quando existe por parte da pessoa a intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”<sup>2</sup>.

No mesmo sentido, para Alvim “há um confronto de vontades, que tende ao ajustamento e depois à conjunção dessas vontades, que acabam consubstanciadas num negócio jurídico para atingir um determinado fim comum”<sup>3</sup>. A principal diferença entre o ato jurídico e o negócio jurídico, portando, estaria nos efeitos jurídicos provocados por ambos; enquanto no ato as partes estão adstritas aos efeitos dispostos na lei, no negócio, elas têm liberdade de determinar e dispor sobre os efeitos, desde que permitidos pela lei<sup>4</sup>.

Assim, o contrato e o testamento são os principais exemplos de negócio jurídico, pois ambos consistem em atos de declaração de vontade que tem por escopo produzir determinado efeito jurídico. Destaque-se o ensinamento de Cláudia Lima Marques, para a qual o contrato é “o negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim”<sup>5</sup>.

Cumprido, ainda, ponderar que embora o contrato seja um negócio jurídico, nem todo negócio jurídico é contrato. É o que defende Alvim, no trecho a seguir:

A expressão “negócio jurídico”, como é sabido, extravasa o campo do contrato, dado que, por exemplo, o testamento é um negócio jurídico unilateral, ou, na terminologia do Código Civil de 1916, “um ato unilateral”, assim como a promessa de recompensa, mas pode-se dizer que o grande espaço do negócio jurídico se realiza ou é preenchido através da figura do contrato, que é um negócio jurídico bilateral.<sup>6</sup>

O contrato, portanto, na lição de Orlando Gomes é todo “negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial”<sup>7</sup>. Negócio bilateral ou plurilateral, porque o contrato exige para se formar a manifestação de pelo menos duas vontades<sup>8</sup>. Na condição de negócio jurídico, deve o contrato conter os elementos essenciais do negócio, insertos no art.104 do CCB, que são: agente capaz, objeto lícito, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>2</sup>VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, v. 1, 5ª edição. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2005, p. 363.

<sup>3</sup>ALVIM, A. **A função social dos contratos no Novo Código Civil**, p.15.

<sup>4</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**, v. 02, 5 ed.. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2005, p. 362.

<sup>5</sup>MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.38.

<sup>6</sup>ALVIM, A. *Op. cit.*, p.11.

<sup>7</sup>GOMES, Orlando. **Contratos**, atualizado por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p.09.

<sup>8</sup>VENOSA, S. *Op. cit.*, p. 362.

É no campo obrigacional que este negócio jurídico específico se destaca, uma vez que constitui uma das fontes, por excelência, das obrigações, ao lado do ato ilícito e da lei. Conforme ensinamento de Alvim, (...) *o direito obrigacional é operacionalizado basicamente através dos contratos, lembrando também que a estrutura dos contratos é exatamente essa a que eu me referia há pouco, ainda que rapidamente, ou seja, a estrutura daquilo que foi denominado “ato jurídico”, mas que hoje é denominado “negócio jurídico”*<sup>9</sup>.

Assim, o contrato é um negócio que tem por finalidade dar nascimento a uma relação obrigacional, de caráter patrimonial, que tem de um lado o devedor, o qual se compromete a cumprir determinada prestação e, de outro o credor, o destinatário da prestação<sup>10</sup>. Como afirmado por Gomes, o contrato está *“destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional”*<sup>11</sup>.

O papel do contrato, segundo uma concepção tradicional, é de instrumento jurídico destinado a alcançar fins determinados pelos interesses econômicos das partes<sup>12</sup>, com a observância de dois valores supremos: a liberdade de contratar e a vontade individual dos contratantes<sup>13</sup>. Mas, conforme se demonstrará adiante, atualmente, existem outros valores que decorrem da Constituição e do CCB/2002, que também devem ser observados na relação contratual. Trata-se de princípios sociais, à guisa dos quais o papel do contrato deve ir além da satisfação apenas dos interesses das partes. A nova concepção do contrato de acordo com Paulo Nalin seria a de *“relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”*<sup>14</sup>.

## 2.2. Direito Romano, Direito Canônico e Direito Natural

<sup>9</sup>ALVIM, A. *A função social dos contratos no Novo Código Civil*, p.19.

<sup>10</sup>MARTINS, Fran. *Contrato de Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p.61.

<sup>11</sup>GOMES, O. *Contratos*, p.12.

<sup>12</sup>*Ibidem*, p.19.

<sup>13</sup>ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M.Januário Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 295.

<sup>14</sup>NALIN, Paulo. *Do contrato: Conceito Pós-moderno. Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Editora Juruá, 2005, p.255.

Conforme demonstra a história, desde os primórdios, a figura do contrato, tinha por natureza identificar uma operação econômica, representar a circulação de riquezas entre os sujeitos. Neste sentido, Enzo Roppo, afirma que o instituto do contrato foi criado pelo direito para regular as situações do cotidiano das pessoas: *“contrato é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressiva captura das operações econômicas por parte do direito, assim como outros conceitos jurídicos (...)”*.<sup>15</sup>

Apesar disso, a noção de contrato no Direito Romano era bem diferente da que temos hoje. Conforme ensinamento do autor italiano Roppo *“não existia – nos termos em que hoje o concebemos - uma figura geral de contrato”, mas sim a “stipulatio”, um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversas naturezas”*<sup>16</sup>. Portanto, inexistia uma categoria geral de contrato, mas sim contratos específicos que se identificavam pela necessária solenidade.

No início, o contrato romano era tido como um vínculo jurídico gerador de obrigações, em que as *“formas deviam ser obedecidas ainda que não expressassem exatamente a vontade das partes”*<sup>17</sup>, pois a forma era o elemento essencial do contrato. Por isso, a origem do contrato tradicional não remonta o Direito Romano, uma vez que lá, a declaração da vontade das partes - fundamento da teoria do contrato clássico – não era fator de relevância para a configuração do vínculo contratual. Com efeito, a concepção romana, assim como defendido por Gomes, não serviu de parâmetro à construção do contrato tradicional:

Não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina “contrato”, pois, segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico (*vinculum iuris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*).<sup>18</sup>

Mais tarde, na época Justianéia, em casos pontuais, a exemplo do contrato de venda e locação, o contrato romano se livrou do primado das formas e se deteve ao acordo de vontade. Juntamente a isso se concebeu o *“esquema de contrato inonimado – um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma*

<sup>15</sup>ROPPO, E. **O Contrato**, p.15.

<sup>16</sup>*Ibidem*, p.16.

<sup>17</sup>VENOSA, S. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**, p. 394.

<sup>18</sup>GOMES, O. **Contratos**, p.6.

*pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autônomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação econômica*<sup>19</sup>.

Mesmo assim, a moderna concepção do contrato, a que foi lançada pelos burgueses, quando da formação da sociedade capitalista, só veio a ser conhecida com as Escolas do Direito Canônico e do Direito Natural.

Segundo Marques, o Direito Canônico *“contribuiu decisivamente para a formação da doutrina da autonomia da vontade e, portanto, para a visão clássica do contrato, ao defender a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana*<sup>20</sup>. O legado do direito canônico foi ter rompido com o Direito Romano e ter lançado a concepção do *consenso* e da *fé jurada*<sup>21</sup>, as quais mais tarde dariam origem à idealização da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos.

Do Direito Natural, por outro lado, extraiu-se *“a base teoria-filosófica mais importante na formação dos dogmas da concepção clássica: a autonomia da vontade e a liberdade contratual*<sup>22</sup>. O aporte filosófico a fundamentar a teoria da escola de direito natural adviria da ética-jurídica de Kant, precursor de um princípio geral do direito, segundo o qual *“é justa toda ação que permite ou cuja máxima permite que a liberdade do arbítrio de cada um coexista com a liberdade de cada um dos outros segundo uma lei universal*<sup>23</sup>. Decorre desse imperativo que *“as pessoas só podem se submeter às leis que elas mesmas se dão, no caso, o contrato*<sup>24</sup>.

### **2.3. Revolução Francesa: dogma da vontade e da liberdade de contratar**

O direito contratual moderno nasceu nos séculos XVIII e XIX com a Revolução Francesa. Esse movimento, liderado pelos burgueses, visava à conquista do poder político que se encontrava na mão da nobreza feudal, mediante o apoio do

---

<sup>19</sup>ROPPO, E. **O Contrato**, p.17.

<sup>20</sup>MARQUES, C. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**, p.43.

<sup>21</sup>GOMES, O. **Contratos**, p.5.

<sup>22</sup>MARQUES, C. *Op.cit.*, p.44.

<sup>23</sup>NORONHA, Fernando. **As mudanças Sociais e Jurídicas**, 19ª edição, capítulo 4. São Paulo: Saraiva, p.65.

<sup>24</sup>MARQUES, C. *Op.cit.*, p. 45.

proletariado, e tinha como “standard”, como lema, os valores iluministas da liberdade, igualdade e fraternidade. Refere-se Alvim ao movimento burguês dizendo:

A Revolução Francesa foi gestada durante muitos séculos e planejada perto de um século, na realidade, ao influxo da existência de uma burguesia, rica e abastada, mas que se encontrava politicamente contida, uma vez que o poder político ainda residia em mãos da nobreza, por isso que aquela carecia de segurança jurídica e política. Quando essa burguesia assumiu o poder, tratou de modificar a sociedade e realizar idéias fundamentais de sua pregação, implementando, realmente, no plano histórico, o que foi a sua concepção de liberdade e a sua noção do direito de propriedade.<sup>25</sup>

Por meio do discurso ideológico e dos ideais retirados do movimento iluminista, a burguesia conseguiu o apoio da massa popular, com a ajuda da qual conquistou o domínio do poder político, até então nas mãos da nobreza. Todavia, o que se verificou posteriormente é que toda a *“mensagem emblemática, bonita, da Revolução Francesa (...) não se realizou inteiramente no plano histórico”*<sup>26</sup>. Em verdade, o objetivo da burguesia não era assegurar melhores condições às massas, mas sim conquistar o poder político e a segurança para intensificar ainda mais a atividade econômica e concentrar a riqueza em suas mãos.

Para alcançar tais objetivos econômicos e dar impulso à economia capitalista, a burguesia precisava fortalecer dois institutos jurídicos: o contrato e a propriedade. Os dois formariam um binômio-indissolúvel: a propriedade e a liberdade, inserida no contrato, de modo que o último seria a própria substância da propriedade, e essa o fundamento real da liberdade<sup>27</sup>.

É nesse contexto, do século XVIII e XIX, de reconstrução da sociedade européia, que se desenvolveu no campo filosófico, a teoria do “contratualismo”, denominada por Jean Jacques Rousseau de teoria “do contrato social”<sup>28</sup>, segundo a qual a sociedade é fruto de um consenso, de um acordo de vontades, enfim de um contrato, mediante o qual os cidadãos renunciavam à parte de sua liberdade em favor de uma entidade superior, que exprime a “vontade geral”, ou seja, o Estado. Com isso, a sociedade estaria fundada em uma convenção legítima, isto é, um contrato, o

<sup>25</sup> ALVIM, A. **A função social dos contratos no Novo Código Civil**, p.19.

<sup>26</sup> *Ibidem.*, p.20.

<sup>27</sup> ROPPO, E. **O Contrato**, p.42.

<sup>28</sup> MARQUES, C. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**, p.45

qual é *“ao mesmo tempo, fundamento e limite do controle do Estado sobre certa esfera da vida em sociedade”*<sup>29</sup>.

O “contratualismo”, embora aparentemente almejasse e se fundasse em ideais libertários e igualitários, servia, em última análise, de discurso ideológico a camuflar as reais intenções políticas dos soberanos e burgueses. Roppo denunciou que, em verdade, no “contratualismo” o contrato assumiria a função política e ideológica de distorcer a realidade, de maneira a *“justificar e legitimar aos olhos dos súbditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva”*<sup>30</sup>.

Essa lógica do voluntarismo, aplicada à Teoria Geral do Estado, fez-se igualmente presente no Direito Civil do séc. XVII e XVIII, de modo que as relações inter-privadas, da mesma forma que o contrato social, também se revestiram de fundamentos como a liberdade individual e o consentimento dos indivíduos<sup>31</sup>.

No campo econômico fez-se presente a doutrina do liberalismo econômico, fundada na teoria da “mão invisível do Estado” e da justiça contratual, de Adam Smith. E no filosófico o “princípio universal do direito” de Kant, segundo o qual é possível haver a coexistência das liberdades individuais<sup>32</sup>, na medida em que *“quando alguém decide alguma coisa a respeito de um outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio”*<sup>33</sup>. Com isso, todos seriam iguais e livres para exercer seus direitos.

No campo político, a burguesia, que já havia conquistado o poder da mão da nobreza, procurou dominar também o corpo legislativo, já que *“tinha profunda desconfiança dos juizes, uma vez que os juizes eram egressos da antiga nobreza”*<sup>34</sup>. Para evitar intervenções da magistratura nas relações privadas, a burguesia lançou mão da técnica da interpretação literal da lei, a qual impediria a liberdade de atuação dos magistrados.

De outro modo, a intervenção do Estado deveria ser a mais restrita possível, a fim de evitar que a liberdade política, bem como a liberdade individual de cada cidadão fosse atingida. É neste contexto que desponta, no séc. XIX, o Estado

<sup>29</sup>NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26

<sup>30</sup>ROPPO, E. **O Contrato**, p.29.

<sup>31</sup>NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p. 26.

<sup>32</sup>NORONHA, F. **As mudanças Sociais e Jurídicas**, p.64.

<sup>33</sup>KANT, Emmanuel, **Metafísica dos Costumes**, apud Teresa Negreiros, *op. cit.*, p.27

<sup>34</sup>ARRUDA, A. **A função social dos contratos no Novo Código Civil**, p.20.



mínimo, o Estado Liberal, tendo por valores supremos: a individualidade e a vontade pessoal de cada um.

Ao contrato, neste passo, é atribuído o papel de instrumento jurídico, por excelência, da vida econômica<sup>35</sup>, além disso, de espaço apropriado para o exercício da liberdade, tendo por cerne a vontade das partes e a liberdade de contratar, e por consequência, a força obrigatória do acordo pactuado. A vontade seria a força criadora das obrigações e, portanto, o contrato sempre seria justo, desde que decorresse de um acordo de vontades. Ilustrando isso disse Fouilleé que *“toda justiça é contratual e que quem diz contratual, diz justo”*<sup>36</sup>.

O contrato, na esteira da sociedade individualista e liberal do séc. XIX, assumiu um papel de destaque no que concerne à economia capitalista, apoiando-se inicialmente em dois princípios: a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos.

Ambos foram herdados da escola econômica liberal e dos ideais iluministas. A força obrigatória do contrato, também chamado de “*pacta sunt servanda*”, tem como pressuposto a igualdade dos contratantes perante a lei, e por significado que *“o contrato é lei entre as partes”*<sup>37</sup>. A versão original desse princípio determina que o contrato, desde que atendidos os seus requisitos de validade, não pode ter seu conteúdo alterado, nem podem as partes dele se desligarem, uma vez que o acordo de vontades é irretratável. Além disso, por aplicação do princípio da intangibilidade do contrato, seria esse imune à revisão judicial, por uma questão, sobretudo, de segurança jurídica nas relações contratuais.

Por certo que, conforme se observará a seguir, esse princípio sofreu mitigações, a começar pelo pressuposto da igualdade das partes. A igualdade defendida era meramente formal, vez que as diferenças entre os contratantes não eram consideradas para o fim de análise da relação contratual.

Já a autonomia da vontade seria a fonte, por excelência, criadora das obrigações e dos contratos. Conforme ensina Gomes, a autonomia da vontade é uma particularização da liberdade de contratar e significa o *“poder dos indivíduos de*

---

<sup>35</sup>GOMES, O. **Contratos**, p.6.

<sup>36</sup>NORONHA, F. **As mudanças Sociais e Jurídicas**, p.65.

<sup>37</sup>GOMES, O. **Contratos**, p.36.

*suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica*<sup>38</sup>.

De outro modo, se só há contrato se existir a devida manifestação da vontade das partes, pela teoria da declaração *“as conseqüências do contrato devem ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes, e que o direito deve reagir a qualquer imperfeição ou perturbação do processo de formação da vontade dos contraentes*”<sup>39</sup>.

Ressalte-se que, a autonomia da vontade só faz nascer uma relação jurídica válida e legítima, *“desde que não infrinja a lei de ordem pública, desde que não seja imoral e desde que exercitada em razão de um objeto lícito e desde que não infrinja os bons costumes*”<sup>40</sup>.

A autonomia da vontade manifesta-se, ainda, como liberdade de estipular o contrato, ou seja, de decidir se deve ou não contratar, e como liberdade de determinar o conteúdo do contrato, ou seja, o que, com quem e quando contratar. Para se firmar o contrato, em regra, as partes devem chegar a um consenso com relação a todos estes quesitos.

Outra decorrência do princípio da autonomia da vontade diz respeito à impossibilidade de uma relação contratual produzir efeitos e obrigações para terceiros alheios ao vínculo contratual. Isso porque, somente aqueles que assumem o compromisso do contrato, através da manifestação de sua vontade, é que podem ficar obrigados. Essa imunidade do terceiro estranho ao contrato é denominada pela doutrina como a *“relatividade dos efeitos contratuais*”<sup>41</sup>. Em razão disso, há casos em que a própria lei determina a ineficácia do contrato, a fim de que os terceiros prejudicados não sejam atingidos.

## **2.4. Codificações**

Conforme dito anteriormente, fixadas as bases políticas e ideológicas da sociedade novecentista, a burguesia sentiu necessidade em construir um aparato

---

<sup>38</sup>*Ibidem*, p. 22.

<sup>39</sup>ROPPO, E. *O Contrato*, p.297.

<sup>40</sup>ALVIM, A. *A função social dos contratos no Novo Código Civil*, p. 22.

<sup>41</sup>ROPPO, O. *O Contrato*, p.130.

jurídico que pudesse sustentar o modo de produção capitalista, por meio da promoção da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e acima de tudo da segurança nas relações jurídicas.

Em princípio, tendo por fundamento o temor pela magistratura francesa, que era formada pela nobreza feudal, a burguesia lançou mão de um sistema jurídico fechado. Na concepção de Renan Lotufo, pretendiam se impor *“contra a magistratura francesa, porque o povo não mais aceitava que o direito favorecesse só à nobreza, por inexistir um sistema legislativo nacional. Os juízes, sendo locais, sofriam a influência do seu meio, e decidiam, no mais das vezes, de acordo com a ‘praxe’ e o ‘costume’, evidentemente favoráveis aos ‘status quo’*”<sup>42</sup>.

A solução encontrada pela burguesia foi enfaixar o campo de atuação dos intérpretes da lei, de modo que pudessem interpretá-la apenas literalmente. Para tanto, estabeleceram um sistema legal único, também conhecido por codificação, voltado a garantir a segurança jurídica às relações interprivadas e o tratamento igualitário aos cidadãos. Para Judith Martins-Costa a revolução francesa foi responsável pelo fechamento da *“unificação das fontes de produção jurídica”*<sup>43</sup>, processo iniciado séculos antes com o Corpus Iuris Civilis.

Neste passo, a lei simbolizaria a unificação do direito e, ademais, legitimaria o poder político burguês recém conquistado, além do que seria sinônimo de segurança jurídica para a sociedade. Teresa Arruda Alvim Wambier descreve este período e as implicações do domínio da lei da seguinte forma:

A burguesia, que assumiu o Poder Legislativo, via na lei expressão da vontade geral, tendo sido a posição do Poder Judiciário sensivelmente apequenada, pois o juiz era visto como “a boca da lei”. Durante as quatro décadas posteriores à Revolução Francesa, era proibida a interpretação, assim como era suposta uma igualdade entre os indivíduos, que substancialmente não existia.<sup>44</sup>

No mesmo sentido, Martins-Costa descreve o surgimento das primeiras compilações legais,

---

<sup>42</sup>LOTUFO, Renan, **Novo Código Civil. Aspectos Relevantes - Da oportunidade da codificação do Direito Civil**, Revista do Advogado, ano XXII, nº68, dezembro/2002, p.22.

<sup>43</sup>MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**, 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 171.

<sup>44</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – A Função Social do Contrato**. In: Doutrina Civil – Primeira Seção. RT, janeiro de 2005, p.62.

(...) todos são iguais perante a lei, proclamam os revolucionários de 1789. Se todos são iguais perante a lei, esta deve ser uma, geral, a todos igualmente aplicável. O direito se faz lei, geral e abstrata, e a lei, ou direito, encontra sua forma, o código, conjunto unitário de leis providas de uma só fonte, o Estado. Excluem-se os direitos, os outros, os que não estão na lei, aquela que é geral, exclusiva e excludente. O fato se faz forma, o código moderno; a forma se faz cultura, um modo de operar as regras e os enunciados normativos<sup>45</sup>.

Constata-se que o movimento da Revolução Francesa erradicou as particularidades do antigo regime e concebeu um ordenamento jurídico único, segundo o qual todos os indivíduos do Estado seriam iguais perante a lei, pois detentores de capacidade jurídica comum e geral. A codificação, com efeito, simbolizou *“a unificação do direito e refundimento completo do conteúdo do direito sob a base do individualismo e da relevância atribuída à vontade humana como fonte criadora de vínculos jurídicos.”*<sup>46</sup>

Os maiores exemplos de codificações modernas vieram no séc. XIX, primeiro com o Código Civil Napoleônico de 1804 e, quase cem anos mais tarde, com o Código Civil Alemão de 1896.

O nosso Código de 1916 se espelhou tanto na codificação francesa quanto na germânica. Do Direito Francês teve como legado a idéia da força obrigatória dos contratos, senão vejamos:

Assim como aconteceu com o Código Civil francês, o Código Civil de 1917 estava impregnado da idéia de que os contratos, uma vez celebrados, devem ser cumpridos. O princípio da força obrigatória dos contratos e da obediência à regra *pacta sunt servanda* preside o sistema obrigacional francês e o desenhado por Clóvis Bevilacqua, cujo texto não prevê a possibilidade de modificação do contrato por alteração superveniente das circunstâncias.<sup>47</sup>

Enquanto que do Direito Alemão, do BGB, herdou a noção do negócio jurídico, assim indicado por Rui Rosado Aguiar:

(...) o nosso Código Civil de 1917 recebeu o influxo do Direito germânico em mais de uma passagem, principalmente ao contemplar uma parte geral, inexistente no Código de 1804, e ao adotar a idéia do negócio jurídico, e não a dos atos jurídicos, conforme é da tradição francesa. Isso se deve à Escola de Recife e ao gênio de Tobias Barreto, que estudou e difundiu o Direito alemão, especialmente no nordeste (de onde é originário Clóvis

<sup>45</sup>MARTINS-COSTA, J. *Op. cit.*, p.169.

<sup>46</sup>MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado**, 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 174.

<sup>47</sup>AGUIAR JR, Ruy Rosado. **Os contratos nos códigos civis francês e brasileiro**. Revista CEJ, n. 28, p. 5-14, jan./mar. 2005.

Bevilaqua) e no Rio Grande do Sul, que compôs os seus primeiros quadros da magistratura e do magistério jurídico com bacharéis do Recife.<sup>48</sup>

## 2.5. Revolução Industrial e a contratação em massa

A partir do século XIX, após o amadurecimento do capitalismo, e em virtude do processo de industrialização, de produção em massa, ocorreram profundas transformações econômicas nas sociedades de consumo, que derrocaram em modificações políticas e jurídicas<sup>49</sup> e no nascimento da sociedade pós-moderna.

A Revolução Industrial provocou, em linhas gerais, os fenômenos da urbanização, isto é, da migração da população para as cidades em busca de empregos e melhores salários, da exploração da mão-de-obra operária, bem como do incentivo à concorrência capitalista, a fim de aumentar os negócios e o lucro. Tais circunstâncias desencadearam um processo de massificação da sociedade<sup>50</sup>, ou seja, de despersonalização e homogeneização da mesma.

No que tange o contrato, este processo de industrialização resultou na elaboração de um novo modelo de contrato - que pôs em crise o dogma da vontade e da liberdade de contratar – apto a acompanhar a racionalidade econômica e dar impulso aos negócios comerciais<sup>51</sup>: o contrato de massa, o contrato standard. Segundo Marques, esse novo modelo de contrato tem por características:

Podemos destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.<sup>52</sup>

O contrato de adesão, concebido para regular as relações de mercado, atendendo a uma necessidade do modelo econômico industrial, acabou por derrogar os pilares que até então sustentavam o modelo de contrato pré-industrial. O tipo de

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 5-14.

<sup>49</sup> NORONHA, F. *As mudanças Sociais e Jurídicas*, p.70.

<sup>50</sup> NORONHA, F. *As mudanças Sociais e Jurídicas*, p.71.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.71/72.

<sup>52</sup> MARQUES, C. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, p.60

contrato de massa se proliferou na sociedade, predominando, principalmente nas relações entre empresa e consumidores.

O fenômeno da massificação provocou, em primeiro lugar, a objetivação do contrato, a “*passagem da 'teoria da vontade' à 'teoria da declaração'*”<sup>53</sup>, dando mais valor à declaração do que a vontade íntima, à psique do contraente, com o objetivo de “*tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor objectivo e socialmente perceptível desta*”<sup>54</sup>.

A par disso, deu mote à sua estandarização e despersonalização. O primeiro fenômeno diz respeito à padronização dos contratos, ou seja, contratos homogêneos em seu conteúdo, mas concluídos com diversos contratantes<sup>55</sup>. À vista de estabelecer o maior número de relações contratuais, utiliza-se de um modelo de contrato homogêneo, o qual possa ser firmado com qualquer pessoa igualmente. O segundo evento corresponde à limitação da liberdade de contratar, decorrente da estipulação do conteúdo do contrato unilateralmente por uma das partes – geralmente pela parte detentora do poderio econômico - cabendo à contraparte simplesmente aceitar passivamente as condições formuladas antecipadamente e sem diálogo pelo outro interessado.

Na prática, a ausência de pré-negociação entre as partes, a unilateralidade das cláusulas, acabou por derrubar o mito da igualdade entre as partes. O desequilíbrio real, com o contrato de adesão, tornou-se tão evidente que partes foram separadas: de um lado aquelas detentoras do poder negocial (quem estipula o conteúdo do contrato) e, do outro, as que se submetem aos termos do contrato, apenas aderindo à vontade manifestada pela parte forte<sup>56</sup>. Em virtude da ausência de acordo de vontades, põe-se em dúvida a efetividade do princípio da igualdade que, apesar de consagrado no plano teórico, na prática, não se verificava.

Além disso, no contexto da sociedade de consumo, dos contratos em massa, pôde-se observar que a prática ilimitada do liberalismo contratual acentuou ainda mais a desigualdade social da população, provocando, por consequência, a formação de segmentos constituídos por bolsões de miséria<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup>ROPPO, E. **O Contrato**, p.298.

<sup>54</sup>*Ibidem*, p.299.

<sup>55</sup>MARQUES, C. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**, p.53.

<sup>56</sup>MARQUES, C. *Op. cit.*, p.54.

<sup>57</sup>ALVIM, A. **A função social dos contratos no Novo Código Civil**, p.22.

Assim, com a massificação dos contratos, abateu-se uma crise sobre a concepção tradicional do contrato<sup>58</sup>, de modo que os dogmas modernos da autonomia da vontade e da liberdade de contratar demonstraram-se insuficientes para cuidar das relações contratuais então vigentes. Sobre o assunto, escreveu Nalin:

Nesse novo contexto contratual, a moldura descrita pelo *Code* e códigos afins, perde o contato, em definitivo, com os fatos da vida; a tão festejada liberdade contratual não dava mais conta de explicar o fenômeno da falta de liberdade material, mas não jurídica, daquele que contratava por adesão. E por liberdade contratual, na época clássica do contrato, entendia-se a possibilidade de se contratar ou não, a escolha do outro contratante e, sobretudo, a eleição do conteúdo do contrato. Não havia exercício de liberdade contratual sem a concorrência dessas três características.<sup>59</sup>

Marques, do mesmo modo, escreveu sobre a fase de declínio da teoria clássica do contrato. Veja o trecho a seguir transcrito:

Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do séc. XX. Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real. Os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes – um autor efetivo das cláusulas, outro, simples aderente – desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual. Em outros novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contratar não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes a própria manifestação da vontade irrelevante, em face do mandamento imperativo da lei (contratos coativos). A crise na teoria conceitual do direito era incontestável.<sup>60</sup>

Com o passar do tempo, portanto, se constatou que a idéia de efetiva igualdade e de liberdade plena dos indivíduos, acatada pela codificação burguesa como fato pressuposto da realidade, em verdade, nunca passou de mero anseio dos legisladores novecentistas. De fato, à luz do contexto econômico da época, os indivíduos sempre se encontraram em condições díspares, sendo que os paradigmas insertos na lei não passavam de abstrações, hipóteses convertidas em objetivos fixos a serem alcançados por meio das codificações.

---

<sup>58</sup>MARQUES, Cláudia Lima. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?** In: A nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p.22.

<sup>59</sup>NALIN, P. **Do contrato: Conceito Pós-moderno. Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil-Constitucional**, p.110.

<sup>60</sup>MARQUES, C. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?**, p. 22.

## 2.6. Estado de Bem-Estar Social. Crise do contrato liberal

Este processo de massificação da sociedade provocou uma crise generalizada no Estado Liberal, pois, na medida em que a sociedade se industrializava e a produção se intensificava, as desigualdades sociais se acentuavam cada vez mais, de modo que as classes econômicas avantajadas passaram a impor seu poder em detrimento dos trabalhadores e consumidores (mais fracos), que, por sua vez, viam-se coagidos pelo sistema jurídico burguês, preocupado tão somente com a proteção de valores patrimoniais.

Devido à insatisfação da maioria da população marginalizada com a exploração dos detentores do poder econômico, bem como pela ausência de um sistema jurídico que atendesse aos anseios dos mais fracos, é que segundo Paulo Luiz Netto Lobo houve o declínio do Estado Liberal:

Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram, de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.<sup>61</sup>

Por conta desses problemas sociais, começaram a surgir no final do séc. XIX as chamadas doutrinas sociais, as quais propunham a mudança de uma moral individual para uma ética social, a fim de amparar os mais fracos<sup>62</sup>, bem como a intervenção do estado nas relações privadas, a fim de fossem superadas as injustiças e desigualdades acirradas pela sociedade de consumo massificada.

Desse modo, em contraposição ao Estado Liberal, nasce o Estado Social de Direito, tendo por desiderato assumir uma posição não meramente de espectador, mas sim *“um papel de protagonista na promoção do crescimento econômico e de políticas sociais destinadas à proteção dos cidadãos mais desfavorecidos, o que é realizado através de uma gestão de caráter intervencionista”*<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup>NETTO LOBO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 01/06/2007.

<sup>62</sup>MARQUES, C. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**, p.151.

<sup>63</sup>NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, nota de rodapé nº 103, p. 70.



A atuação do estado na vida particular se materializou por meio de um processo maciço de intervenção legislativa no âmbito das relações privadas, principalmente no direito contratual, através da edição de leis de natureza pública e cogente, com o objetivo de controlar os setores da vida privada, antes intocáveis à ação pública pelas constituições liberais<sup>64</sup>.

Além disso, no Estado Social houve o resgate da força normativa da Constituição, sendo-lhe atribuída, além da função de limitar o espaço de atuação do estado, a que herdou do Estado Liberal, também de regular a ordem econômica e social, a fim de delimitar o campo de atuação econômica dos particulares. É a chamada Constituição Dirigente Segundo Maria Aracy Menezes da Costa:

O estado social foi marcado pelo compromisso entre a burguesia e os operários, diminuindo as desigualdades sociais, marca de mediação que se refletiu nas Constituições que se seguiram. A meta era a diminuição das desigualdades sociais, com a relativização dos direitos subjetivos pela sua função social.<sup>65</sup>

A Constituição Dirigente recupera a sua vitalidade e importância dentro do sistema jurídico, de maneira a *“fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana”*<sup>66</sup>.

Portanto, se no contexto do séc. XVIII e XIX a Constituição se restringia a limitar o poder estatal e o político, assegurando o mais amplo espaço de liberdade privada aos indivíduos no campo econômico, à Constituição do Estado Social, ao contrário, atribui-se a função delimitadora do poder econômico e protetora da tutela dos direitos da coletividade. Na lição de Martins-Costa, rompeu-se com a divisão Direito Público e Privado:

A unidade legislativa ruiu, por igual, à vista do afinamento do espesso muro divisório entre o direito público e o privado, devido à atuação crescente da órbita estatal na regulação do mundo dos privados – mediante, inclusive, o estabelecimento de políticas públicas e a elaboração de normas diretivas – e à aceitação efetiva da força normativa da Constituição sobre o direito privado, inclusive para o efeito da aplicação direta de seus princípios na legislação ordinária.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> NETTO LOBO, P. *Op. cit.*

<sup>65</sup> COSTA, Maria Aracy Menezes. **Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor.** In: A nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p.227.

<sup>66</sup> NETTO LOBO, P. **Constitucionalização do Direito Civil.** Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 01/06/2007.

<sup>67</sup> MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado**, p.282.

A unidade legislativa, a que se refere a autora, diz respeito ao sistema fechado criado à época das codificações, segundo o qual: “a sociedade oitocentista, assentada na propriedade fundiária e no liberalismo econômico, em matéria contratual, se reconhecia no código como num espelho”<sup>68</sup>. Ou seja, toda a matéria de Direito Privado era regulada exclusivamente pelo Código. Contudo, a partir das transformações sociais do séc. XX, conforme afirmou Martins-Costa, o Código Civil perdeu a sua supremacia para a Constituição:

Aos códigos civis foram sendo agregadas inúmeras ‘leis especiais’, no início ditas ‘leis extravagantes’, porque sobrevagavam o sistema refletido no Código. O sentido da quebra da unidade legislativa está em que não é mais possível acomodar, num mesmo e harmônio leito, todos os interesses, porque não há apenas um único sujeito social a ser ouvido, não há mais um sujeito comum, como aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade, abstrata, frente à lei. ... Elas acabam com a sistematicidade externa do direito privado e com um modelo que se quis pelo e organicamente ‘total’, e, ao assim operar, ameaçam a própria sistematicidade interna.<sup>69</sup>

Acompanhando a tendência de todo o Direito, no contexto do Estado Social, o contrato evoluiu para uma concepção socializada. Após a crise do conceito clássico, e por derradeiro a crise do dogma da vontade, desembocadas pela massificação das relações contratuais e pelos contratos de consumo, a solução encontrada pela doutrina foi estabelecer uma nova função ao contrato: “qual seja a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual”<sup>70</sup>.

Segundo Alvim, a partir da percepção da crise da sociedade do consumo e do aumento da desigualdade social é que se pôs em questão a concepção do contrato:

Então, a evolução do contrato, já que estamos tecendo considerações desde os primeiros momentos do contrato, na Idade Contemporânea, veio esse sofrendo críticas, pelos pressupostos de sua realização, numa sociedade e num sistema político a que nos referimos, e, desses primórdios chegou-se àquilo que hoje veio a ser denominado de função social do contrato. Essa função consistiu em tentar dar corpo à idéia de que há determinadas situações que não comportam inteiramente a livre contratação, determinados segmentos de comportamentos humanos que, traduzidos em realidades contratuais, sem qualquer freio ou limites, geram áreas críticas de consequências indesejáveis.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> *Ibidem*, p 277.

<sup>69</sup> MARTINS-COSTA, J. A boa-fé no Direito Privado, p.279/280.

<sup>70</sup> MARQUES, C. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p.154.

<sup>71</sup> ALVIM, A. A função social dos contratos no Novo Código Civil, p.22.

A concepção social do contrato seria aquela em que “*a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social*”<sup>72</sup>. Dessa forma, o contrato desenhado pelos Códigos Liberais perde espaço para um novo tipo de contrato, no qual a vontade não é fonte única e ilimitada de obrigações, uma vez que se encontra limitada pela lei. Segundo Marques a socialização do contrato fez com que autonomia da vontade perdesse sua plenitude:

O direito dos contratos socializado redescobre o *papel da lei*, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente. (...) A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento *limitador* do poder da vontade.<sup>73</sup>

Assim, o contrato ficou subordinado aos limites da intervenção legislativa realizada pelo estado, de modo que as partes contratantes não são mais livres para auto-regulamentar as cláusulas e o conteúdo dos contratos, estando atreladas ao que impõe a lei, a qual passa a ser a fonte legitimadora da vontade das partes. No Brasil, a primeira legislação esparsa a trazer a noção social do contrato, foi o Código de Defesa do Consumidor, somente nos anos 90.

Antes dela, a Constituição da República de 1988, exemplo de Constituição Social e Dirigente, já havia feito referência à socialização do contrato e de outros pilares do Direito Civil, ao consagrar em seu texto, na qualidade de direitos fundamentais, os princípios sociais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Desse modo, nessa nova sociedade de consumo, em que imperam os contratos de adesão e contratos massificados, propõe o Estado Social uma concepção social de contrato, em que a vontade das partes seja limitada pela lei e pela Constituição, a fim de que seja atingido o equilíbrio entre as partes e a função social do contrato.

Sobre este tema escreveu Marques:

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito privado destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger

---

<sup>72</sup> MARQUES, *op. cit.*, p.176.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p.178.

determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado**, p. 28.

### 3. CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

#### 3.1. Socialização do Contrato

No Direito Brasileiro, a despeito da crise do conceito clássico do contrato, decorrente do fortalecimento da sociedade de consumo, ter iniciado no séc. XX ainda na vigência do Código Civil de 1916, a solução ao problema veio somente mais tarde, com a substituição dos valores individuais pelos sociais. Primeiro, com a Constituição de 1988 que consagrou ao lado dos direitos fundamentais liberais, os direitos sociais, da justiça social, da dignidade e da solidariedade humana. Em seguida com o CDC, em 1990, o qual positivou princípios e conceitos mais abertos, passíveis de interpretação pelo juiz e pela doutrina, dos quais são exemplos, o princípio da boa-fé, a equidade, o equilíbrio, a equivalência de prestações<sup>75</sup>.

E mais recentemente, com o advento do Novo Código Civil Brasileiro, em 2003, que se aproximando da noção social do contrato, apropriou-se do princípio da função social do contrato como limite à autonomia da vontade, recepcionando, ainda, o princípio da boa-fé objetiva e a relativização da relatividade do contrato perante terceiros. No entendimento de Alvim, o novo Código Civil simboliza a evolução do Direito Privado, em direção aos valores sociais:

Este novo Código Civil bem revela e expressa normativamente essa evolução sofrida pelo direito privado; é também, de ter-se presente que essa mutação de valores coloca-se útil para o entendimento do nosso Código do Consumidor que é radicalmente sintonizado com esses valores modernos e contemporâneos que, numa escala mais atenuada encontram-se no Código Civil de 2002.<sup>76</sup>

Importante ressaltar que o CDC é o principal exemplo de microsistema no Direito Brasileiro. É uma inovação, na medida em que cuida de forma particularizada de um contrato específico, o contrato de consumo, hipótese nunca antes aventada. Aliás, destacou-se por ter sido o primeiro diploma nacional a propiciar, na linha da Constituição, a abertura do sistema por meio do emprego das

---

<sup>75</sup>MARQUES, C. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**, p.179.

<sup>76</sup>ALVIM, A. **A função social dos contratos no Novo Código Civil**, p. 20.

cláusulas abertas, ao passo que corroborou uma interpretação mais flexível dos contratos. No ensinamento de Aguiar:

Sabemos que a cláusula geral é uma norma que impõe ao juiz o dever de, no momento de fazer sua aplicação, determinar previamente qual a norma de conduta que deveria ter sido observada naquele caso. Em função da regra que ele cria para aquela situação, fará então a avaliação da conduta em exame. Se essa conduta estiver de acordo com a norma de dever assim criada para aquele caso concreto, ela será considerada lícita; se em desacordo, será então ilícita.

Foi o Código de Defesa do Consumidor que introduziu a presença da cláusula geral em alguns dispositivos de grande aplicação a casos práticos, como a hipótese da cláusula geral da boa-fé e a da onerosidade excessiva.<sup>77</sup>

Além disso, o CDC deu o ponta pé inicial para a descodificação do Direito Civil, fenômeno do Estado Social de Direito, que corresponde a criação de minicodificações regulamentadoras de temas interdependentes, que, por isso, acabam se desvinculando de ramos exclusivos do direito. Todavia, a aplicação do CDC aos demais contratos, que não sejam de consumo, ainda é tema de muita discussão. Vale ressaltar que o NCCB, aplicável aos contratos não-consumeristas, recepcionou vários dos institutos e paradigmas do CDC, sendo desnecessária, portanto, a aplicação subsidiária do CDC nestes casos.

Destarte, com o advento da Constituição de 1988, ganhou força no Brasil um movimento de reconstrução do sistema jurídico à luz de uma perspectiva-constitucional. Principalmente porque, naquela época, o Código Civil de 1916, então vigente, era completamente liberal e individualista e, como tal, devia ser reinterpretado para se adequar à principiologia constitucional, aos valores da dignidade humana, da justiça social e da solidariedade. Além disso, porque o sistema, que se encontrava fragmentado em razão do movimento de descodificação, precisava ser reunificado, papel que foi segundo Gustavo Tepedino reservado à Constituição<sup>78</sup>.

A interpretação do Direito Civil à luz da Constituição é um fenômeno recente, segundo Joaquim de Sousa Ribeiro, *“é um fenômeno contemporâneo que, tendo como pressuposto um certo modelo de sociedade e uma certa idéia de*

<sup>77</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência.** In: Revista de Direito do Consumidor, n. 48, p.55- 68, out./dez. 2003.

<sup>78</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro – São Paulo: Ed. Renovar, 2002, p.17.

*Estado, dá resposta normativa a exigências da nossa época*<sup>79</sup>. O processo de interpretação civil constitucional, também denominado por constitucionalização do direito civil, significou nas palavras de Negreiros, a mudança do centro valorativo, ou seja, a repersonalização do Direito Civil:

O processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social<sup>80</sup>

Ou seja, significa a leitura do Código Civil à luz da principiologia constitucional, com a *“pretensão de reerguer, articulando-os sistematicamente, os destroços do direito civil liberal-individualista, com base em uma renovada axiologia, estabelecida pela Constituição a partir da cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana”*<sup>81</sup>.

Nesse contexto, segundo Aguiar, o contrato também deve se submeter à principiologia constitucional, de modo a cumprir sua função social:

...externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio.<sup>82</sup>

A intervenção do estado nas relações contratuais, por meio da Constituição e do CDC e, posteriormente, do NCCB implicou, necessariamente, a relativização dos princípios contratuais herdados da sociedade capitalista tradicional. Os antigos postulados da plena liberdade de contratar, da autonomia da vontade e da *“pacta sunt servanda”* foram, de certa forma, mitigados pelos princípios da justiça contratual, da equidade de prestações, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

<sup>79</sup>RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p.730.

<sup>80</sup>NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p.11.

<sup>81</sup>*Ibidem*, p.60.

<sup>82</sup>AGUIAR JR, Rui Rosado de. **A Boa-fé na relação de consumo**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995, p. 20-32.

A partir disso constrói-se uma nova teoria contratual, tendo como norte os novos princípios e os direitos fundamentais. A nova concepção na lição de Marques é a de que:

O contrato é o instrumento de circulação das riquezas das sociedades, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5, da Constituição Federal), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5 c/c art. 170, V, da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito quanto pessoa humana (art. 1, III c/c art. 5, XXXII, da Constituição Federal).<sup>83</sup>

A seguir, tratar-se-á dos novos princípios contratuais.

### 3.2. Novos Princípios Constitucionais

Conforme visto acima, a principal consequência da constitucionalização do direito no âmbito do direito contratual foi alterar o seu centro valorativo, deixando de lado o patrimônio, para direcionar-se à pessoa humana. Na esteira dos valores da solidariedade e da dignidade humana, extraídos da Constituição Democrática, o modelo contemporâneo do contrato em oposição ao modelo clássico – sustentado pelos princípios da autonomia da vontade, da intangibilidade do conteúdo contratual e da relatividade dos efeitos do contrato – corrobora-se em três outros princípios, quais seja a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico.

Nas palavras de Negreiros, o sentido constitucional assumido pelo contrato fez com que outros paradigmas fossem inseridos na esfera contratual:

Segundo a perspectiva civil-constitucional, a aplicação ao contrato de novos princípios levou a que se quebrasse aquela hegemonia outrora atribuída à autonomia negocial. Tais princípios encontram fundamento na Constituição, seja como desdobramentos da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), seja como princípios instrumentais da ótica solidarista ali firmada (art.3º, I), seja como corolários do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), seja, enfim, na condição de princípios componentes da ordem econômica constitucional (art. 170 e SS.), da qual a ordem contratual é parte integrante.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> MARQUES, C. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, p.213.

<sup>84</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.108.



Embora seja evidente a distinção axiológica entre os novos princípios e os antigos, não se pode afirmar que estes foram substituídos pela superveniência daqueles. Do contrário, em conformidade com a idéia harmônica do sistema jurídico, é recomendável que os princípios sejam interpretados e aplicados de modo que possam conviver simultaneamente e em equilíbrio<sup>85</sup>. Para Marques, os princípios liberais não foram extirpados, mas sim relativizados:

Certo é que a decadência do voluntarismo no Direito Privado levou à relativização dos conceitos. Os direitos dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve que se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual<sup>86</sup>.

O aparente conflito existente entre os princípios ditos de índole “liberal” e os de índole “social” pode ser resolvido naturalmente. A dificuldade maior está naqueles casos em que os princípios estão em conflito explícito.

Nestes casos, requer-se seja preservado o mínimo de autonomia dos contraentes, para que possam contratar livremente, de acordo com os seus próprios interesses, sendo devida a atuação estatal somente nos casos em que a lei permitir e haja incongruências entre as partes. Em princípio, portanto, a intervenção é admitida, exclusivamente, nas situações em que um direito fundamental de uma das partes estiver sendo tolhido pelo interesse da outra. Nesses casos extremos, o Estado impõe-se, a fim de cumprir um dos seus papéis, qual seja o de tutelar a efetividade dos direitos fundamentais.

Sousa Ribeiro apresenta como solução ao possível embate entre direitos assegurados constitucionalmente:

Nesta perspectiva, e para além do direito de prestações que os direitos sociais e econômicos eventualmente concedam, reclama-se do Estado, no próprio domínio dos direitos, liberdades e garantias, uma intervenção nas relações jurídico-privadas, para, em proteção da parte mais fraca, estabelecer um regime limitativo da liberdade contratual do mais forte, em contenção de abusos e excessos. Desejavelmente, por via legislativa, pois só ela faculta um grau satisfatório de precisão e certeza na enunciação de previsões e estatuições. Não só quanto ao se de intervenção, mas também quanto à escolha, de entre o instrumentário diversificado que o direito privado oferece, do meio mais adequado para concretizar, são as normas de direito ordinário que, em primeira linha, devem ser chamadas a operar. E, entre um mínimo de tutela constitucionalmente exigido e um máximo de

---

<sup>85</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.111.

<sup>86</sup> MARQUES, C. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, p.154.

ingerência constitucionalmente permitida, é deixado ao legislador um vasto campo de opções, no desempenho de sua competência própria.<sup>87</sup>

Para hipóteses em que há divergência entre os princípios liberais e sociais, é que foram desenvolvidos novos paradigmas contratuais, destinados a recompor o sistema, resgatando-se a unicidade de uma teoria contratual geral.

Adiante tratar-se-á dos três principais princípios contemporâneos, que decorrem da Constituição de 1988 e que representam uma inovação no direito contratual atual.

#### **a) Boa-fé Objetiva**

No entendimento de Negreiros *“Quanto mais se sabe acerca da boa-fé, mais correta parece ser a “definição” de Simone David-Constant: La bonne-foi: une mer sans rivages”, e se compreende que alguns identifiquem na atual difusão do princípio uma marca da pós-modernidade* <sup>88</sup>.

Desde o direito romano a boa-fé se faz presente nas relações contratuais, como *bona fides*. Mas foi no Direito Civil Alemão com o BGB que o princípio assumiu os contornos atualmente conhecidos. Destaque-se que, o sentido que os legisladores alemães queriam dar, em princípio, à boa-fé não era a de viabilizar a interpretação livre do juiz, mas sim de fortalecer o contrato. De fato, em sentido oposto a esse, os juízes alemães construíram uma jurisprudência fundada nas cláusulas gerais, principalmente, no princípio da boa-fé objetiva. Afirma Costa: *“Os Tribunais, muitas vezes em oposição à doutrina, apoiavam-se nas cláusulas tidas como “vagas”, conferindo-lhes sentido e aplicabilidade prática”... “começou, com uma calma e refletida ponderação, a preencher as cláusulas gerais como uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social* <sup>89</sup>.

Não causa estranheza que o nascimento das cláusulas gerais tenha se dado no Direito Alemão, uma vez que o pensamento jurídico desse país, desde a pandectística, já se contrapunha a idéia de identidade entre a norma jurídica e o texto legal, de positivismo jurídico. Assim, considerando que os alemães tinham a lei

<sup>87</sup> RIBEIRO, J. *Constitucionalização do Direito Civil*, p.748.

<sup>88</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.115.

<sup>89</sup> MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no Direito Privado*, p.292/293.

como ponto de partida para a criação e interpretação, foi facilmente aceita a concepção de cláusulas gerais.

Nas palavras de Costa:

...manifesta-se a utilidade das cláusulas gerais: esta reside na circunstância de ter autorizado aos juízes alemães o uso de idéias éticas- boa-fé e bons costumes -, idéias que, segundo John Dawson, estão, em regra, “completamente fora do corpo da legislação civil, podendo, por isso, as cláusulas gerais ser descritas como “faróis errantes, alimentados por luzes que podem penetrar em qualquer lei privada”.<sup>90</sup>

Os códigos que vieram após da Constitucionalização e da descodificação do Direito Civil tentaram resgatar a unidade valorativa do sistema, ou seja, recodificar, por intermédio das chamadas cláusulas gerais, as quais assegurariam também a abertura interpretativa do Direito. No Brasil, a começar pela Constituição e, posteriormente o CDC e o CCB/2002, em todos estes diplomas se encontram previstas cláusulas gerais. Em regra, as cláusulas não podem ser confundidas com princípios, na medida em que, diferentemente destes, exigem um ponto de referência encontrada em outra norma do ordenamento. A cláusula, apesar de ter vagueza semântica, assim como o princípio, distingue-se dele pelo fato de ser uma regra de *“competência ao juiz para busca o valor ou o standard que fundamentaria o caso concreto”*<sup>91</sup>. De fato, pode ocorrer de a cláusula geral conter um princípio, como é o caso da boa-fé objetiva presentes no CDC e no CCB<sup>92</sup>.

Importa ressaltar que a boa-fé abrange os princípios da função social e do equilíbrio. Veja o que diz Aguiar:

A boa-fé objetiva é o princípio de lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações mantidas na vida social, princípio ético que preside o ordenamento, está presente e serve de guia para todas as relações no campo do Direito Privado, e também no âmbito do Direito Público. Diz o art. 422 que esse princípio, em se tratando de relação obrigacional, deve ser observado desde a celebração até a execução.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado**, p.292.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p.323.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p.324: “Em suma não se pode afirmar que cláusulas gerais e princípios são o mesmo, se tomarmos a expressão princípio jurídico em toda a extensibilidade que lhe é própria. É certo que, tanto quanto às cláusulas gerais, aos princípios pode ser atribuída a vagueza semântica, mas esta, como se viu, pode ser observada em qualquer termo ou expressão, constituindo antes uma questão de grau do que de característica”.

<sup>93</sup> AGUIAR JR R. **O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 48, p.55- 68, out./dez. 2003.

O princípio da boa-fé encontra seu fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e no da solidariedade social. Opera seus efeitos desde a fase pré-negocial até a execução do contrato<sup>94</sup>, apresentando-se funcionalmente sob três aspectos: a) fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; b) cria deveres secundários ou anexos; c) limita o exercício de direitos<sup>95</sup>.

A boa-fé objetiva está associada, segundo Tepedino, à função social do contrato, e por isso, ora serve de princípio interpretativo do regime contratual, ora serve de dever de interpretar o contrato de acordo com o conteúdo econômico e social perseguido pelas partes<sup>96</sup>.

Embora a jurisprudência freqüentemente as confunda, a boa-fé objetiva é completamente diferente da subjetiva. Enquanto esta envolve o elemento psicológico, as intenções do indivíduo, aquela diz respeito aos comportamentos do sujeito, é norma de conduta. Bem diferenciou Costa quando escreveu sobre estes dois tipos de boa-fé:

A expressão boa-fé subjetiva denota “estado de consciência”, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Já por boa-fé objetiva se quer significar (...) modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.”<sup>97</sup>

No Direito Contratual Brasileiro, a cláusula da boa-fé foi pela primeira vez explicitada em lei no CDC, em seu art. 51. Somente, mais tarde foi incluída no texto do CCB, em seu art. 422, como regra de interpretação e de limitação dos direitos subjetivos. A positivação da cláusula da boa-fé nas normas infraconstitucionais veio ao encontro do pensamento então defendido da perspectiva-constitucional do direito civil e da funcionalização dos direitos fundamentais. Como cláusula, a boa-fé permite

---

<sup>94</sup> AGUIAR JR, R. **O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência.**

<sup>95</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **A Boa-fé na relação de consumo.** In: Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 20 a 27, abr./jun. 1995.

<sup>96</sup> TEPEDINO, G. **A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional,** p.32.

<sup>97</sup> MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado,** p.411.

a abertura do sistema e a compatibilização dos interesses contrapostos e dos interesses sociais.

Desse modo, a fim de cumprir as finalidades constitucionais, a boa-fé se apresenta com tripla função. A função interpretativo-integrativa, que confere “*ao juiz um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas*” decorre do art.413 do CCB, o qual autoriza ao juiz que proceda à redução eqüitativa da penalidade, cláusula penal. Equivale ao juízo de eqüidade de origem romana, o qual “*permitia ao juiz decidir certos casos tendo em conta não apenas a ocorrência do fato central apresentado pela parte, mas ainda outros fatos ligados ao litígio*”<sup>98</sup>. Na concepção de Aguiar, atualmente, funciona como uma regra de direito judicial:

(...) a cláusula geral, seja da boa-fé, seja da lesão enorme, contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendavam.<sup>99</sup>

Todavia, a jurisprudência admite que, mesmo quando a lei não autorize a intervenção do juiz, é o princípio da boa-fé que possibilita a interpretação segundo a eqüidade e a finalidade social da lei.

No que concerne à função limitadora dos direitos subjetivos, a boa-fé se apresenta como critério de valoração do comportamento das partes, e como tal, reputa que “*o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas*”.<sup>100</sup>

Assim, o comportamento que não condiz com os mandamentos de cooperação e lealdade entre os contraentes é considerado pela ótica da boa-fé um comportamento abusivo e antiético. A relevância deste princípio é verificável nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, cujas obrigações convivem em dependência recíproca, devendo manter-se equivalentes e em equilíbrio no decorrer da relação. Porquanto seja necessária tal compatibilização de obrigações, a boa-fé interfere garantindo o sinalagma e impede que qualquer das partes se aproveite de seu

<sup>98</sup>MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado**, p.122.

<sup>99</sup>AGUIAR JR, R. **A Boa-fé na relação de consumo**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 20 a 27, abr./jun. 1995.

<sup>100</sup>NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p.141.

próprio descumprimento contratual ou legal, para exigir do outro o cumprimento do contrato.

A boa-fé lança mão dos deveres instrumentais, os quais servem de meios para garantir a execução do objeto central do contrato. Podem decorrer da lei ou do próprio contrato, ou ainda do princípio da boa-fé. É neste ponto que a boa-fé *“atua como fonte autônoma de direitos e obrigações, não adstrita à vontade nem a texto punctual de lei”*<sup>101</sup>.

Segundo alguns autores, decorrem da boa-fé: 1) os deveres de cuidado, previdência e segurança; 2) os deveres de aviso e esclarecimento; 3) os deveres de informação; 4) o dever de prestar contas; 5) os deveres de colaboração e cooperação; 6) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte; 7) os deveres de omissão e de segredo.<sup>102</sup>

Importante considerar que a aplicação desses deveres não é irrestrita, do contrário demanda a avaliação criteriosa de cada caso concreto. Deve-se averiguar se a aplicação dos deveres naquele caso específico se faz necessária diante da natureza do contrato e das circunstâncias econômicas das partes.

## **b) Justiça Contratual**

O princípio da Justiça Contratual é conhecido também por princípio do equilíbrio econômico do contrato. Tem como escopo consertar as desigualdades reais existentes entre os contratantes e ignoradas pelo princípio liberal da autonomia da vontade e pela igualdade formal.

Nas palavras de Negreiros, *“as idéias de equilíbrio, eqüidade e proporcionalidade”*<sup>103</sup> compõem uma tríade no direito contemporâneo dos contratos. O princípio da justiça contratual encontra fundamento no art. 3º, III, da Constituição Federal, o qual consagra o princípio da igualdade substancial. Em suma, o equilíbrio econômico visa alcançar à justiça social do contrato, para que as partes estejam em posições reais de igualdade. Por isso, preocupa-se em proteger a parte mais fraca, por meio da criação de mecanismos que assegurem equilíbrio entre elas.

---

<sup>101</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.151.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p.151/152.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p.157.

A sua incidência não se adstringe apenas ao momento de manifestação da vontade dos declarantes, mas ainda alcança o conteúdo e os efeitos do mesmo. Ou seja, não importa apenas se a vontade dos declarantes foi livremente expressada, mas também se o conteúdo e os efeitos do contrato não infringem a paridade de contraprestações, enfim, a justiça do contrato.

O princípio da justiça contratual, com frequência, entra em confronto com o princípio da “pacta sunt servanda”. Isso porque, enquanto este, de cunho liberal, visa, sobretudo, à segurança máxima nos contratos, aquele, por sua vez, de ordem valorativa social, descarta a segurança jurídica, desde que se verifique injustiça contratual originária ou no curso do contrato<sup>104</sup>.

O princípio da justiça contratual se faz presente no Código no teor de duas cláusulas gerais: o instituto da lesão e o da onerosidade excessiva. Com fundamento nessas cláusulas pode-se rever o contrato e, *“em nome da preservação de um equilíbrio da relação contratual, afasta-se a segurança, tal como em outros tempos foi concebida e praticada”*<sup>105</sup>.

Na lesão há desequilíbrio entre as prestações desde a formação do contrato. Além disso, o descompasso de prestações ocorre por motivos exteriores à vontade das partes. Com a sociedade capitalista arraigada aos ideais de liberdade e individualismo, a figura da lesão foi omitida da lei, retornando, apenas, com o Estado Social e com constitucionalização do direito.

A Constituição de 1988, ao estabelecer em seu art.170, o princípio da defesa ao consumidor e a repressão ao abuso do poder econômico, consagra indiretamente a lesão como vertente do princípio da justiça contratual.

As duas formas de expressão do princípio da justiça contratual encontram-se capitulados no art.6º do CDC, bem como nos arts. 478 a 480 do CCB, sendo que eventual desvantagem que torne desequilibrada a reciprocidade das prestações, ou que seja excessivamente onerosa, é causa de revisão ou resolução do contrato.

De outro modo, a lesão está inserta também no art.157 do CCB. Esse artigo, contudo, trata da lesão decorrente de debilidade de uma das partes, isto é, quando o contrato é firmado em razão da necessidade extrema de uma das partes. Envolve, assim, aspectos subjetivos, distintamente das hipóteses anteriormente

---

<sup>104</sup>ALVIM, A. **A função social dos contratos no Novo Código Civil**, p.24.

<sup>105</sup>*Ibidem*, p.27.

numeradas. Refere-se à situação de inferioridade e de necessidade do contratante, em razão da qual esse não esteja no exercício pleno de sua liberdade contratual.

A aplicação do princípio da justiça contratual se contrapõe ao da intangibilidade do conteúdo do contrato, por isso, deve-se ter o cuidado de averiguar se, no caso, realmente estão presentes os critérios da lesão e da onerosidade, ou seja, se há a desproporção das prestações e a inferioridade da parte, pois, assim, não teremos a incidência deturpada dos princípios contratuais.

### **c) Função Social do Contrato**

É certamente o princípio mais importante da nova teoria do contrato. Reflete exatamente a passagem da teoria contratual clássica para a atual, eis que provoca o rompimento com a concepção individualista do contrato. A funcionalização do contrato tem em vista o interesse de toda a sociedade e a dignidade da pessoa humana, bem como almeja um contrato equilibrado e com partes igualmente posicionadas. A definição genérica de função social para Aguiar significa a finalidade que levou o ordenamento a criar certa norma:

A função social do direito tem por escopo estabelecer a finalidade para a qual o ordenamento jurídico criou a norma concessiva do direito subjetivo. O direito é um instrumento para realizar os fins do Estado; as normas jurídicas são editadas para alcançar esse objetivo. Quando o direito concedido pela norma se desvia dessa finalidade, não estará sendo atendida a sua função social.

Foi no esteio da funcionalização do direito de propriedade, observada na Constituição de 1988, que se vislumbrou a funcionalização também do contrato, seguindo a linha de pensamento da constitucionalização do direito civil. Tal fato foi consignado por Miguel Reale no seguinte trecho:

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do art. 5, salvaguarda o direito de propriedade, que 'atenderá a sua função social'. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.266. – (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 1).



A despeito do texto constitucional de 1988 ter corroborado expressamente a função social da propriedade, deixou de fazê-lo com a função social do contrato, que só se fez presente na ordem jurídica de forma explícita com o advento em 2002 do CCB, em seu art.421.

Neste sentido, o principal efeito da promoção deste princípio à cláusula geral foi o de relativizar o princípio-base da teoria contratual burguesa, qual seja o princípio da liberdade de contratar. A partir do momento que se reconhece que entre os interesses dos particulares e da sociedade existe uma relação dialética, não se sustenta mais a concepção absoluta da liberdade de contratar, visto que fica condicionada à função social do contrato.

Há autores que defendem a multifuncionalidade desta cláusula sob a justificativa de que a função social do contrato não desempenha apenas o papel restritivo, ou seja, de condicionante à liberdade de contratar. Além deste, desempenharia um papel regulativo concernente em integrar todas as normas jurídicas, a partir da noção de função social como *“elemento integrante do conceito de contrato”*<sup>107</sup>. Explica Costa: *“a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma exceção a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito”*<sup>108</sup>. Na interpretação de Miguel Reale, a função social de tal modo visa a que *“o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”*<sup>109</sup>.

A função social do contrato demonstra, com isso, que este instituto não está alheio à sociedade, por outro lado, ele convive numa relação dinâmica com esta, podendo, inclusive, produzir efeitos para terceiros. Assim, faz-se necessário delimitar até que ponto a relação contratual pode afetar os interesses da sociedade. Implícito, desde logo, que a função social se opõe ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, segundo o qual o contrato só produz efeitos entre as partes (já que somente eles manifestaram a vontade de contratar).

Tepedino define a função social como o *“dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes,*

---

<sup>107</sup>MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado**, p. 354.

<sup>108</sup>*Ibidem*, p. 354.

<sup>109</sup>REALE, M. *Op. cit.*, p. 268.

*dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos*<sup>110</sup>.

O fundamento do princípio decorre basicamente da solidariedade social e da dignidade humana, ambos, previstos constitucionalmente. Ademais, deve-se ressaltar que a noção de função social representa uma novidade do Estado Democrático, visto que corresponde ao equilíbrio entre os interesses da coletividade e dos particulares. Vejamos o que disse a respeito Costa:

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Esta norma, posta no art.420 do Projeto do Código Civil, constitui a projeção, no específico domínio contratual, do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade, que está no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais, reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente ao contrato também inflete o cometimento – ou o reconhecimento – de desempenhar função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais.<sup>111</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Negreiros relê o contrato no seguinte sentido:

À semelhança do que ocorre com a propriedade – cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validação do exercício do direito do titular do domínio – também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um ‘instrumento de realização do projeto constitucional’. Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta.<sup>112</sup>

De fato, o CCB não faz menção expressa à ineficácia do contrato em face de terceiros. Apesar disso, por apego à ideologia liberal do séc. XVIII, o princípio da relatividade dos efeitos continua vigente, com fundamento em um “*famoso adágio romano res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*”<sup>113</sup>. Contudo, atualmente, deve-se dar novo significado a este enunciado, de modo que não somente a vontade das partes seja observada, mas também o interesse de toda a coletividade que, eventualmente venha a sofrer conseqüências em razão conclusão do contrato. Assim, o “*pacta sunt servanda*” continua servindo de “*fundamento*

<sup>110</sup>TEPEDINO, G. **A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**, p.32

<sup>111</sup>MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado**, p. 351.

<sup>112</sup>NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p.210/211.

<sup>113</sup>NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p. 214.

*primeiro das obrigações contratuais*<sup>114</sup>, com a ressalva de que, em consonância com a sua função social, o contrato atenda aos interesses dos contratantes sem prejudicar o interesse da coletividade.

Destarte, embora o significado original deste princípio remeta ao que se conhece pela força obrigatória dos contratos, a interpretação de que se valeram os liberais foi mais extensiva, ao passo que o consideraram como causa de não alcance dos efeitos contratuais em relação a terceiros. De acordo com isso, só seriam reputadas interessadas ao contrato aquelas que aceitem fazer parte do mesmo, ou seja, as partes. Enquanto que, o terceiro, seria aquele indiferente à formação do contrato. Vê-se, portanto, que a diferenciação entre eles se baseia no dogma da vontade.

Em conformidade com o pensamento de Reale, a vontade das partes não pode ser o fim último do contrato, uma vez que este *“por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial, que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária”*<sup>115</sup>.

Negreiros, por sua vez, apesar de concordar com referido autor, vai mais além, já que defende que o fundamento da força obrigatória do contrato não se encontra mais na vontade das partes, mas sim na lei, mais concretamente na função social:

Assim, na outra ponta do arco histórico traçado a partir do modelo de contrato fundado na vontade individual, tem-se hoje um modelo normativo no qual a força obrigatória do contrato repousa, não na vontade, mas na própria lei, submetendo-se a vontade à satisfação de finalidades que não se reduzem exclusivamente ao interesse particular de quem a emite, mas igualmente à satisfação da função social do contrato.<sup>116</sup>

Por isso, a liberdade de contratar deixa de ser exercida em sua plenitude, a propósito de estar, agora, subordinada aos limites traçados pela função social do contrato (art.421 do CCB), o que pressupõe em regra um contrato coerente com os valores e as finalidades sociais descritas no ordenamento jurídico. Neste sentido, perspicaz o comentário de Aguiar:

A realização da função social do contrato, portanto, agora prevista expressamente no Projeto, exige que para a sua compreensão e

<sup>114</sup> REALE, M. **História do Novo Código Civil**, p. 266.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>116</sup> NEGREIROS, T. *Op. cit.*, p.227.

interpretação atenda-se ao valor "justiça". As partes devem atender; o juiz deve procurar a realização da justiça. A liberdade contratual somente é concedida para que seja alcançada a sua função social.<sup>117</sup>

A jurisprudência e a doutrina têm, ainda, admitido, com esboço no princípio da função social, o instituto da oponibilidade do contrato a terceiros, o qual corresponde ao dever de respeito do terceiro em relação a contrato do qual não faça parte. Ou seja, traduz-se na *"obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte"*<sup>118</sup>.

Ressalte-se que a função social como cláusula aberta que é, abre a oportunidade para ser interpretada de maneira flexível e teleológica, principalmente de parte do juiz, que terá a incumbência de analisar em cada caso concreto qual a solução mais condigna com os novos paradigmas contratuais.

No entanto, não se pode permitir que a função social comprometa a própria razão do contrato. Isto é, apesar de o contrato ter de cumprir uma função social, que é aquela consagrada pela lei, não pode ele, a despeito disso, deixar de ser considerado um espaço de manifestação de vontade das partes, de liberdade de escolhas. Por isso, de acordo com Alvim *"o contrato é feito para ser cumprido, em suma; e, o contrato, ademais disso, vive e deve realizar a sua função no ambiente em que está basicamente presente o princípio de dar a cada um o que é seu, do que o contrato é também um instrumento destinado à implementação desse princípio"*<sup>119</sup>.

Em suma, portanto, a função social exsurge como uma *"diretriz da socialidade, a qual parece ser considerada em razão da necessidade de aproximação da legislação às significativas mudanças sociais e econômicas havidas no País, buscando mirar os seus efeitos concretos nas diversas relações particulares a que se vai aplicar"*<sup>120</sup>. O instituto do contrato, assim, recebe a influência de valores antes desconhecidos, os quais exigem novos comportamentos dos particulares e do Estado.

<sup>117</sup> AGUIAR JR, R. *As obrigações e os contratos*, p. 31-39.

<sup>118</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.272.

<sup>119</sup> ALVIM, A. *A função social dos contratos no Novo Código Civil*, p.30.

<sup>120</sup> MIRAGEM, Bruno. *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial para concretização das cláusulas gerais*. In: *A nova Crise do Contrato.org*. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora RT, 2007, p.204.

## 4. FRAGMENTAÇÃO DO CONTRATO

### 4.1. Nova crise do contrato? Teresa Negreiros *versus* Eros Grau

Para alguns autores o que presenciamos hoje é a crise pós-moderna do modelo de contrato tradicional. Referem-se a uma nova crise, diferente daquela vivida após a Revolução Industrial, dizendo que no hodierno vivemos *“tempos de valorização dos serviços, do lazer, dos abstratos e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos”*<sup>121</sup>.

A essa crise dão diferentes nomes: fragmentação, desregulamentação, indeterminação; mas ao fim e ao cabo todas dizem respeito à crise das fontes do contrato, em virtude da qual inexiste segurança jurídica, pois não há regime geral e único do contrato, na medida em que existem inúmeras leis especiais que se aplicam a uma mesma relação contratual, e também em virtude das antinomias decorrentes dos próprios princípios constitucionais, que às vezes chegam a ser contraditórios<sup>122</sup>.

Segundo Wambier, uma vez que o Estado assumiu um novo papel na sociedade contemporânea, instalou-se uma “revolução de valores”, principalmente no que concerne a matéria contratual, *“em que já não se vê mais a segurança como valor significativo da necessidade de manutenção do status quo”*<sup>123</sup>.

Destaca Marques que, diante dessa crise de paradigmas ocorrem dois tipos de reações: de um lado os pós-modernos cépticos que *“fotografam a crise e a destruição, prevêem o fim das certezas científicas, constataam o vácuo de valores (...) desconstroem as teorias antes gerais, criticam severamente as soluções universalistas”*<sup>124</sup>; e de outro os pós-modernos afirmativos que *“procuram reconstruir as teorias em novas narrativas (...), constataam a existência de novos paradigmas e*

<sup>121</sup>MARQUES, C. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, p.155

<sup>122</sup>*Ibidem*, p. 161/169.

<sup>123</sup>WAMBIER, T. *Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais”*, p.66

<sup>124</sup>MARQUES, C. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, p.166.

*verdades, afirmam a necessidade de reconstrução do sistema*<sup>125</sup>. Talvez os primeiros estejam sendo realistas em não acreditar em uma reconstrução do sistema a partir dos seus próprios elementos, mas ao mesmo tempo não conseguem dar uma solução factível à crise que vivemos.

Marques se enquadra no segundo grupo, e como tal, defende que no contexto da sociedade contemporânea o contrato se transformou em *“ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos, alguns merecedores inclusive de serem sujeitos de direitos fundamentais*<sup>126</sup>. Por esta ótica o contrato passa a ser além de instrumento de circulação de riquezas, instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Tal possibilidade encontra fundamento no próprio texto constitucional, o qual congrega, com o mesmo peso e valor, tanto os valores liberais da livre concorrência e da ordem econômica, quanto os mandamentos sociais da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana.

Há autores, portanto, que discordam que haja uma ruptura com a teoria clássica do contrato. O maior opositor à idéia da superação do paradigma clássico do contrato é Eros Grau. Segundo ele, embora o contrato tenha sido remodelado de acordo com as exigências da atual sociedade, passando pelo processo de objetivação e despersonalização, em última análise, a sua essência econômica e seu papel de fazer circular as riquezas não foram abandonados. Quer ele como isso dizer que, a despeito de terem ocorridos modificações legislativas e tenham sido estipulados princípios voltados à proteção da parte mais fraca da relação, o contrato sobrevive, nos mesmos termos e moldes em que foi delineado pelos legisladores oitocentistas. Abaixo o fundamento das críticas de Grau:

O discurso a respeito da crise do contrato e da necessidade de um novo paradigma é desenrolado a partir da análise da teoria clássica do contrato. No entanto, em todas as suas versões – especialmente naquela produzida pelos norte-americanos, que falam da morte do contrato – esse discurso é, na verdade, um discurso a favor da vida do contrato, na medida em que propõe a superação da teoria clássica. A queda da liberdade contratual, ao ensaiar a construção de uma nova teoria, evidencia precisamente o poder de sobrevivência do contrato, que continua embasando o sistema econômico á medida que este se transforma.<sup>127</sup>

<sup>125</sup>MARQUES, C. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, p.166..

<sup>126</sup>*Ibidem*, p.210.

<sup>127</sup>GRAU, Eros e FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo, Editora Malheiros, 2005, p.17.

Mais adiante em sua crítica Grau alega que o *“contrato não é um instituto único, porém um feixe de institutos jurídicos (os contratos), tal como a propriedade, também, é feixe de propriedades”*<sup>128</sup>. Com base nisso, rechaça a sistematização de uma teoria única e a aplicação de cláusulas uniformes aos contratos, pois entende que cada contrato possui suas peculiaridades, não podendo, portanto, serem regulados por uma teoria geral.

Grau não acredita que o fenômeno da intervenção legislativa nas relações particulares, através, por exemplo, do CDC, tenha como escopo a renovação do paradigma do contrato. Ele interpreta a intervenção estatal e a invocação de princípios sociais em face das relações particulares como meios/instrumentos de manutenção do sistema então vigente, pois, de fato, inexistem paradigmas novos. Simplesmente, o que se quer é por fim as distorções do modo de produção capitalista, os erros que dificultam a economia de mercado, tendo como objetivo final o lucro<sup>129</sup>.

Como desdobramento deste raciocínio, debruça-se sobre as relações de consumo e afirma que a proteção do hipossuficiente não passa de uma estratégia de aumento do consumo capitalista, com a participação do Estado, que visa estimular o modelo econômico, dando incentivo às relações mercantis.

Em discordância com praticamente toda a concepção contemporânea sobre o contrato, Grau enfatiza em sua crítica que as mudanças realizadas na teoria não alteraram a função econômica e lucrativa do contrato, por isso, não existe nova teoria fundada em novos paradigmas, porquanto *“a normatização protetiva não advém da solidariedade, como querem alguns, mas da expressão de uma estratégia para a promoção do mercado”*<sup>130</sup>.

Por sua vez, a autora Teresa Negreiros traz em seu livro “Teoria do Contrato – Novos Paradigmas”, uma abordagem menos radical sobre a crise do contrato. Em sua concepção, não se pode afirmar que uma ou outra tese vem a estar correta, visto que, atualmente, há a *“alternância entre tendências individualistas e socializantes, ora predominando a liberdade clássica, enaltecida pela eficiência econômica do livre mercado, ora se buscando, através da imposição*

---

<sup>128</sup> GRAU, Eros e FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo, Editora Malheiros, 2005, p.16.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p.20: “distorções conjunturais, decorrentes do modo de produção; visam à preservação do mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores - e, portanto, lucrar – livremente”.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p.23.

*de normas cogentes, um controle heterônomo sobre o conteúdo e os efeitos do contrato em vista do ideal de construção de uma sociedade mais justa e solidária”.*<sup>131</sup>

Destaque-se que, ao defender este posicionamento, esta autora não está sozinha. O próprio Reale, que participou da elaboração no Novo Código Civil de 2002, afirma que existem três formas possíveis de tratamento ao contrato, sendo que, para ele, prevaleceu no referido diploma aquela que mescla as regras sociais às liberais. Nas palavras de Reale:

Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, **então, assume uma posição intermediária, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções eqüitativas e concretas. Não há dúvida de que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002.**<sup>132</sup>(grifo nosso)

Reale demonstra assim que, foi o próprio Código Civil quem trouxe a possibilidade e a novidade de se compor o regime contratual de modo mesclado, isto é, com princípios tanto liberais quanto sociais.

Ademais, repetindo o que foi dito acima, tal fundamento pode ser obtido da própria Constituição Federal, a qual congrega em um mesmo espaço, com a mesma força normativa e hierarquia, tanto princípios de ordem liberal quanto social. Vide que a nossa Constituição institui uma Ordem Econômica, na qual se insere o instituto do contrato, fundada nos princípios da livre iniciativa e do livre mercado. E, por outro lado, impõe como objetivos finalísticos daquele a justiça contratual e a dignidade humana.

Portanto, não se pode dizer que a visão tradicional foi abandonada, mas sim que para a realidade contratual de hoje ela se apresenta insuficiente. É este também o entendimento de Wambier, de acordo com o qual a solução para a superação do pensamento clássico está na aplicação dos princípios constitucionais e das cláusulas gerais, com especial atenção ao caso concreto, pois somente assim poder-se-á chegar a uma decisão justa<sup>133</sup>.

Dessa forma, sobre um mesmo contrato poderão incidir tanto os princípios da liberdade de contratar quanto o da função social que, apesar de aparentemente

<sup>131</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.285/286.

<sup>132</sup> REALE, M. *História do Novo Código Civil*, p. 266.

<sup>133</sup> WAMBIER, T. *Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais”*, p.69.



antagônicos, poderão e deverão ser harmonizados, mediante a sua ponderação em cada caso concreto. Estamos diante de uma hipótese de colisão abstrata de princípios que, desde seu nascimento, apresentam-se contraditórios.

Todavia, conforme ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, a Constituição deu ênfase à funcionalização do princípio da livre iniciativa em favor da justiça social<sup>134</sup>:

(...) tanto assim que, no artigo 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa; ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (que ainda tem como direito fundamental, no art. 5º, inciso XXXII) e o da redução das desigualdades sociais.<sup>135</sup>

Compartilha desde entendimento também Wambier, afirmando que na sociedade contemporânea, em que a desigualdade entre os contratantes é cada vez mais percebida, a solução vislumbrada foi a de fortalecer a dimensão social dos direitos:

A dimensão social que têm os direitos de propriedade e de contratar é apenas uma das dimensões que estes direitos têm, que indubitavelmente deve ser preservada.  
O que ocorreu foi a necessidade de dar mais ênfase a esta dimensão, em virtude de características que marcam as sociedades contemporâneas, a que já nos referimos antes: complexidade imensa, tendência ao que parece irreversível, de inclusão de camadas antes marginalizadas nos centros institucionalizados, real acesso à justiça etc.<sup>136</sup>

De qualquer modo, caberá ao intérprete ponderar os interesses privados e públicos relevantes em cada caso e, determinar qual a norma constitucional cuja aplicação é mais acertada. Certamente, a decisão será tomada em cada caso, de modo que demandará uma decisão política do intérprete<sup>137</sup>. A despeito disso, os conceitos abertos inseridos nos princípios e nas cláusulas gerais, *“não podem significar uma brecha para que cada juiz aja de acordo com sua convicção pessoal, a respeito do sentido que tenham essas normas”*.<sup>138</sup> Por esse fato, para que fiquem

<sup>134</sup> NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p.291.

<sup>135</sup> TRIBUNAL PLENO, ALVES, Moreira. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, v. m., j. 03.03.93. In: Revista Tribunal de Jurisprudência, n. 149, p. 666-692.

<sup>136</sup> WAMBIER, T. **Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais**, p.73.

<sup>137</sup> NEGREIROS, T. *Op. cit.*, p.297.

<sup>138</sup> WAMBIER, T. **Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais**, p.72.

ilesas a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, impõe-se como limite à interpretação dos princípios e das cláusulas o texto da lei.

Diante disso, faz-se necessário estabelecer parâmetros ou paradigmas objetivos que possam auxiliar na aplicação dos princípios constitucionais aos contratos, bem como critérios passíveis de solucionar o conflito entre os referidos princípios sociais e liberais.

#### 4.2. Fragmentação do contrato e o Paradigma da Essencialidade

Teresa Negreiros concorda com a conclusão do Ministro Eros Grau no que concerne à impropriedade de se defender um contrato único, uma teoria geral do contrato. Todavia, reputa incoerente a tese deste autor que, apesar de defender a existência de um feixe de contratos diversos, anuncia que todos os contratos possuem uma essência comum, qual seja a de que “*todo vínculo contratual (vínculo jurídico) instala uma situação de certeza e segurança jurídicas*”<sup>139</sup>. É neste ponto que Negreiros dele discorda, sob a justificativa de que a tese de Grau além de ser contraditória, inclina-se para a concepção unitária da teoria contratual, o que para aquela é inviável. Assim, identifica-se um paradoxo na teoria de Grau, que a torna incoerente, pois prenuncia uma possível visão geral dos contratos.

A tese de Negreiros, por outro lado, pauta-se pela idéia de pluralidade do contrato em oposição ao pensamento daqueles que defendem a teoria geral do contrato. O que suporta a sua tese é a fragmentação do próprio conceito do contrato, nos seguintes termos:

É de se pôr de parte, acima de tudo, a idéia de que é possível formular uma teoria verdadeiramente geral dos contratos. Ao contrário, em razão precisamente da fragmentação conceitual, a teoria contratual não deve preocupar-se com a unidade, seja esta unidade consentânea com o modelo clássico, seja dela discrepante. Ao invés, a teoria contratual deve voltar-se para o estabelecimento de critérios de diferenciação, de forma a compor adequadamente os princípios constitucionais.<sup>140</sup>

Assim, ela reconhece que hoje há uma crise do paradigma contratual, a qual se desencadeia porquanto haja um complexo conjunto de princípios

---

<sup>139</sup>GRAU, E. e FORGIONI, P. **O Estado, a Empresa e o Contrato**, p.16.

<sup>140</sup>NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p.303.

reguladores do instituto. Não existe apenas um único valor a orientar a leitura do contrato, pois a par do paradigma voluntarista, a Constituição, o CCB e o CDC consolidaram também o paradigma da solidariedade. A composição destes novos paradigmas, segundo Negreiros, deve ser feita com base na *“individualização de novas categorias de contratos”*<sup>141</sup>, ou seja, mediante a classificação concreta de cada contrato à luz do paradigma da diversidade.

No mesmo sentido se posiciona Marques, que defende a inexistência de um regime único e geral do contrato, em razão da profusão de leis acerca deste tema, destacando, por consequência disso, o nascimento de um conflito entre estas leis:

Do contrato com regime geral e único, passamos para o contrato com regime jurídico também plural, tendo em vista a aplicação de uma série de leis especiais e gerais à mesma relação contratual em seus mais diversos aspectos. Este conviver de normas de diversas hierarquias e finalidades traz consigo o problema da solução de antinomias, mais do que a segura teoria da revogação expressa, hoje quase não mais usada.<sup>142</sup>

Note-se que esta nova perspectiva impõe uma classificação do contrato a partir de sua realidade concreta, diferentemente do que se passava na teoria tradicional, na qual o contrato era avaliado em abstrato, sem considerar a situação efetiva das partes envolvidas. Deflui disso o paradigma material do contrato, ou seja, *“materializa-se o contratante à medida que a pessoa que contrata é considerada como tal, isto é, em relação a seus aspectos pessoais (concretos), imperscrutáveis sob a cada das categorias abstratas de credor, devedor, comprador, locatário, etc”*<sup>143</sup>.

No Brasil, a legislação que inaugurou a transformação do direito contratual, a partir de uma concepção material e existencial dos participantes foi o CDC. De fato, o CDC rompeu com o paradigma da vontade, na medida em que se estruturou em torno do pressuposto a vulnerabilidade do consumidor<sup>144</sup>, e traçou como desiderato a superação da disparidade existente entre a parte mais fraca e a mais forte do contrato. O contratante deixa de ser um sujeito qualquer, abstrato e se

---

<sup>141</sup>NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.306.

<sup>142</sup>MARQUES, C. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, p.169.

<sup>143</sup>NEGREIROS, T. *Op. cit.*, p.319.

<sup>144</sup>*Ibidem*, p.313.

transforma em pessoa dignificada, cuja situação social deve ser relevada para os fins negociais.

É evidente que o CDC representou um marco no direito civil, não só por ter contemplado os fatores sociais que de certo modo interferem no contrato, mas também por estabelecer cláusulas legais que exigem a atuação do Estado-governo e Estado-juiz na promoção da igualdade contratual.

Com o transcorrer do tempo, a técnica consumerista de proteção se demonstrou debilitada, isso porque está baseada na presunção de que o consumidor é sempre mais frágil. É evidente que isso não acontece sempre, afinal uma empresa de grande porte também pode ser consumidora. A presunção, portanto, pode estar equivocada em alguns casos, podendo, inclusive, causar injustiças para uma das partes.

O entendimento predominante é de que a despeito de ter significado uma evolução no pensamento individualista-abstrato da teoria clássica, o CDC não deu conta de criar um mecanismo de análise ideal e mais próximo da realidade concreta das partes.

Neste sentido, a hipossuficiência contratual, pelo fato de estar prevista em forma de cláusula geral, abriria espaço de interpretação muito ampla e irrestrita aos juízes, circunstância que poderia ensejar situações discricionárias e até mesmo injustas, visto que caberia a eles decidir de acordo com sua concepção pessoal quem se encontra em posição desfavorável na relação.

Negreiros faz alusão, portanto, aos elementos objetivos que, a seu ver, contribuiriam para temperar o critério das necessidades humanas dos contratantes tendo em vista a relevância do bem objeto do contrato. Assim, a autora invoca o “paradigma da essencialidade”, definido em suas palavras nos seguintes termos:

O paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado.<sup>145</sup>

Neste lastro, o que deve ser ponderado em cada caso concreto é a relevância constitucional do bem envolvido, ou seja, a *“utilidade existencial do objeto*

---

<sup>145</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.342.

do contrato”<sup>146</sup>. Para Negreiros, então, é esta a solução para o conflito entre os princípios constitucionais aplicáveis aos contratos. A depender da destinação do bem objeto do contrato serão aplicados ou os princípios sociais ou os liberais, sempre em consonância com a harmonia das normas constitucionais.

A propósito, há quem entenda que a crise pós-moderna do contrato, tenha por origem exatamente a modificação dos bens economicamente relevantes: deixou-se para trás os bens materiais para se valorizar os bens imateriais e os serviços desmaterializados<sup>147</sup>. Para Marques, que é quem defende este posicionamento, a depender do bem em questão, se imaterial ou material, é que se determinará qual o regime contratual mais adequado:

Se são estes bens imateriais e fazeres que são a riqueza atual, os contratos que autorizam e regulam a transferência destas ‘riquezas’ na sociedade também têm de mudar, evoluir do modelo tradicional de dar da compra e venda para modelos novos de serviços e dares complexos, adaptando-se a este desafio desmaterializante e plural ‘pós-moderno’<sup>148</sup>

A classificação tradicional dos contratos, segundo Negreiros, se baseia em critérios formais e coligados à autonomia da vontade, sendo desconsiderada a verdadeira função e necessidade representada pelo contrato. Na lógica tradicional o contrato de compra e venda de um carro tem o mesmo valor e significado, e se equipara a um contrato de compra e venda de medicamento, pois a doutrina influenciada estritamente pela dogmática não distingue os contratos em função da utilidade existencial dos bens contratados.

A classificação tradicional está arraigada a valores técnicos e científicos do contrato, sendo as partes contratantes consideradas apenas superficialmente e de modo abstrato, pois, de fato, o que se valoriza é a autonomia plena da vontade e não a satisfação da dignidade e das necessidades humanas. Não se distingue o interesse patrimonial do não patrimonial.

Negreiros, em oposição a esta classificação abstrata do contrato propõe outra, voltada, sobretudo, à finalidade do contrato para as partes, ou seja, aos interesses existenciais envolvidos, além dos patrimoniais, se houver. Neste passo, sugere que a tipologia contemporânea dos contratos se dê nos seguintes termos:

---

<sup>146</sup>NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p.342.

<sup>147</sup>MARQUES, J. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**, p. 168.

<sup>148</sup>*Ibidem*, p. 168.

Neste sentido, procura-se a seguir ilustrar de que forma a evolução mais recente da tipologia contratual sinaliza para o aparecimento de novas classes de contrato cujo critério individualizante, ao invés de privilegiar apenas a forma, desce à substância do vínculo contratual, criando-se meios de distinguir os contratos à luz das necessidades concretas dos contratantes...<sup>149</sup>

#### 4.3. Nova classificação dos contratos

Como dito alhures, a teoria de Negreiros considera a utilidade do bem contratado como critério de conciliação entre os novos princípios e aqueles ditos clássicos. Como fundamento disso tem-se o “paradigma da essencialidade”, de acordo com o qual o bem é classificado à luz da tutela da dignidade da pessoa humana em três tipos: essencial, útil ou supérfluo<sup>150</sup>.

É a mesma classificação legal das benfeitorias, que são tipos acessórios de bens. Ocorre, todavia que, embora a classificação do CCB acerca das benfeitorias tenha como critério de distinção a utilidade do bem, e não a sua patrimonialidade, é de se ressaltar que as benfeitorias são consideradas necessárias ou essenciais não porque são úteis ao homem, mas sim porque trazem benefícios a outro bem.

Negreiros adverte que *“o que as essencializa (tornando-as “necessárias”) não é um certo uso existencial que delas seja feito, mas, ao invés, a função que desempenham em relação a um outro bem, sua conservação, melhoramento ou aformoseamento”*<sup>151</sup>.

Por isso, embora a teoria da essencialidade do bem se aproprie de uma classificação já existente para as benfeitorias, adapta-a no sentido de classificar o bem a partir da relação que este estabelece com a pessoa do contratante. Ressalte-se que assim, o bem somente se torna útil, desde que atenda aos valores previstos constitucionalmente, às necessidades da pessoa humana.

Assim é que a mesma lógica presente na tripartição das benfeitorias deverá, em razão e na medida das necessidades existenciais – isto é: da pessoa -- ,

<sup>149</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p.365.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 390.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 391.

traduzir-se na distinção entre bens existencialmente essenciais, úteis ou supérfluos.<sup>152</sup>

No âmbito contratual, a tripartição dos bens parte da premissa de que o contrato deve submeter-se ao paradigma da essencialidade, na medida em que ele deve ser interpretado de acordo com a utilidade existencial do bem que lhe está vinculado. Assim, a nova ótica civil-constitucional do contrato exige que tal instituto seja interpretado de maneira a atender, pelo menos ao mínimo existencial do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

A partir disso, a incidência dos princípios contratuais se dará de maneira pontual, ou seja, a cada caso concreto, e dependendo da essencialidade do bem contratado é que se determinará que tipo de princípio é o mais adequado.

De acordo com Negreiros, naquelas relações contratuais em que o bem é de extrema necessidade à vida humana, de modo que sem ele o mínimo existencial do direito fundamental resta prejudicado, neste caso é que se aplica o princípio da solidariedade e mitiga-se a liberdade. Já naquelas relações em que o bem contratado é supérfluo, em que existem apenas interesses patrimoniais envolvidos, cabe aplicar os princípios da autonomia e da liberdade.

Visa o referido paradigma a conciliar os princípios clássicos e os atuais do contrato dentro de um mesmo sistema, sem a pretensão, no entanto de se conceber um único tipo de contrato, mas sim de idealizar vários tipos, cada um deles regido pelos princípios que melhor se adequarem ao bem objeto do contrato.

Negreiros, ao anunciar sua teoria tece o comentário de que atualmente podemos dizer que são três os modelos de contrato: o modelo liberal, o intervencionista e o intermediário. O primeiro seria aquele concebido no Estado Liberal, regido essencialmente pela liberdade plena das partes, o que conforme demonstrou a história não foi eficaz. Já o segundo, veio com o Estado Social, caracterizado pela intervenção estatal e a solidariedade social, e teve como premissa suprir as deficiências do modelo anterior. Escopo, este, alcançado apenas parcialmente. Por fim, o modelo intermediário, segundo ela, seria aquele mais condizente com a nossa sociedade, isto é, o *“modelo que melhor se ajusta às*

---

<sup>152</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p. 391.

*pressões por uma sociedade pluralista mais justa e solidária, e sua compatibilização com uma economia de mercado...”<sup>153</sup>.*

Considerando que um modelo único de contrato é praticamente inconcebível, a autora defende o modelo intermediário como sendo o mais ideal, pois, ao mesmo tempo em que não exclui nenhum dos outros dois, como estes fazem, harmoniza as características de ambos, com o escopo de atingir o fim último do contrato que é a proteção da dignidade humana.

Veja o pensamento da autora:

Logo, de acordo com a política do minimal welfare, a intervenção nos contratos é gradual em função de uma gradação identificada nas necessidades humanas. São alcançados em cheio por políticas intervencionistas aqueles contratos que põem em jogo as condições mínimas de bem-estar dos contratantes, reservando-lhes um regime específico, caracterizado pela índole tutelar. Ao contrário, contratos que não interfiram sobre essas condições mínimas são regidos por uma disciplina menos intervencionista, sendo aí ampliada a liberdade contratual.<sup>154</sup>

Retira-se o fundamento para este modelo misto de contrato da própria Constituição Federal, especificamente do seu art.151, o qual prevê a coexistência dos princípios patrimoniais e existenciais em uma mesma relação/sistema, impondo como condicionante ao exercício da liberdade de contratar o respeito aos ideais da justiça e da existência digna. Segundo Pietro Perlingieri é necessário que haja esta relação de condição, pois *“a liberdade de cada um deve ser compatível com o valor de tutela da pessoa, com a qual qualquer liberdade é obrigada a se medir; de outro modo, a liberdade individual torna-se prepotência com os ‘menores em sentido amplo’”<sup>155</sup>.*

Neste passo, o contrato deve ser interpretado de acordo com o bem contratado, o qual deve ser classificado tendo em vista a sua essencialidade em relação à pessoa do contratante, bem como a destinação que lhe será dada. Em linhas gerais os bens podem cumprir duas finalidades: ou a patrimonial ou a existencial. Sob o ponto de vista daquela, o bem sempre se destina a outro bem, está relacionado a outro bem e não a pessoa. Já, na ótica da segunda, o bem deve necessariamente voltar-se a um interesse pessoal, ou melhor, a uma necessidade da pessoa.

<sup>153</sup> NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p. 418.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 418.

<sup>155</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**, 3ª ed. , revista e ampliada. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.40.



Em se tratando de bem cuja utilização tem natureza apenas patrimonial, presume-se que a intervenção do Estado faz-se desnecessária. Por outro lado, quando o bem envolvido estiver vinculado à satisfação de necessidades básicas e existenciais da pessoa, aí a atuação do Estado se impõe, a fim de que se proteja o interesse da parte mais fraca, bem como se preserve o mínimo existencial do direito fundamental.

Estas são as premissas que fundamentam o estabelecimento do paradigma da essencialidade. Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão -; e, vice e versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma.<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> NEGREIROS, T. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, p. 463.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do conceito e da função do contrato hoje é ponto muito polêmico, e por isso, talvez seja pretensão afirmar que a solução acima proposta encerra a discussão referente à harmonização dos princípios contratuais sociais e liberais e, além disso, que põe uma pedra sobre a polêmica acerca da nova concepção do contrato.

A tese adotada para fins deste trabalho é apenas uma das possíveis soluções para a crise principiológica atinente aos contratos em geral.

Como se percebe, o contrato é um instituto que está em constante alteração, uma vez que acompanha as necessidades econômicas e sociais da sociedade em que insere. Desse modo, é natural que a noção do contrato seja mutável, e se altere no transcorrer do tempo.

No hodierno a concepção tradicional de contrato não mais se justifica, uma vez que a nossa Constituição Federal e o CCB impõem certos princípios que impedem o exercício pleno dos princípios individualistas da liberdade de contratar e da autonomia da vontade.

Dessa forma, embora vivamos em uma sociedade de consumo, em que o contrato serve de instrumento da livre circulação econômica, exatamente nos moldes em que fora concebido ainda no séc. XVIII, em razão da norma constitucional hoje consagrar direitos fundamentais, sendo o principal deles, o princípio da dignidade da pessoa humana, o contrato assume uma nova e paralela função, qual seja a de servir de instrumento de garantia de direitos fundamentais.

Observe-se que isso é o resultado do processo de socialização do contrato – por meio do qual se abandonou a figura voluntarista e individualista do contrato – e em seu lugar concebeu-se um modelo de relação contratual social, que visa à proteção de valores existenciais e não só patrimoniais.

Aquela noção de contrato como espaço de satisfação exclusiva dos interesses dos contratantes, os quais seriam legítimos, pois estabelecidos mediante um consenso de vontades, não mais se coaduna com o sistema jurídico constitucional, o qual coloca, acima de tudo, o respeito à pessoa humana.

Não existe apenas um único valor a orientar a leitura do contrato, pois a par do paradigma voluntarista, a Constituição, o CCB e o CDC consolidaram também o paradigma da solidariedade. Percebe-se, então, que temos um novo

modelo contratual, que diferentemente dos modelos anteriores, não permite uma definição fechada e inconteste. A complexidade de interesses e de princípios em torno do contrato o tornou fragmentado conceitualmente.

Assim, faz-se necessário lançar mão de uma técnica de harmonização dos princípios sociais e liberais aplicáveis aos contratos. A solução que se entende mais adequado é a de Teresa Negreiros, a qual propõe uma classificação concreta dos contratos, à luz do “paradigma da essencialidade”, de acordo como qual o contrato deve ser classificado à luz da relevância existencial do bem contratado.

Se o bem tiver natureza apenas patrimonial, presume-se que a intervenção do Estado faz-se desnecessária, devendo ser aplicados os valores liberais. Por outro lado, quando o bem envolvido estiver vinculado à satisfação de necessidades básicas e existenciais da pessoa, aí a atuação do Estado se impõe, a fim de que se proteja o interesse da parte mais fraca, bem como se preserve o mínimo existencial do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

É importante mencionar que o paradigma da essencialidade vai ao encontro da preocupação central do texto constitucional com a condição existencial do homem, ou seja, com os “*direitos fundamentais do homem dentre os quais, a sua dignidade (contratual)*”<sup>157</sup>.

Conclui-se, por fim, que no presente momento, existem contratos que tanto se amoldam aos parâmetros lá do séc. XVIII, de individualismo e de liberdade plena, quanto contratos que exigem uma interpretação diferente, mais social, a fim de que não sejam denegridos os direitos fundamentais da pessoa do contratante. Devido à complexidade das relações contemporâneas é que o contrato de hoje ao invés de linear e universal, mostra-se complexo, peculiar e multifacetado. Em última análise, contudo, todos devem ter compartilhar de uma característica comum: o respeito à dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma conclusão momentânea, que futuramente poderá ser alterada, tendo em vista a alteração do pensamento acerca do contrato.

---

<sup>157</sup> NALIN, P. **Do contrato: Conceito Pós-moderno. Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil-Constitucional**, p. 245

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A Boa-fé na relação de consumo**. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, p. 20 a 27, abr./jun. 1995.

\_\_\_\_\_. **Os contratos nos códigos civis francês e brasileiro**. **Revista CEJ**, n. 28, p. 5-14, jan./mar. 2005.

\_\_\_\_\_. **As obrigações e os contratos**. In: **Revista CEJ**, v. 3, n. 9, p. 31-39, set./dez. 1999.

\_\_\_\_\_. **O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência**. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 48, p.55- 68, out./dez. 2003.

ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no Novo Código Civil**. In: **Doutrina Civil – Primeira Edição**. Editora RT, 2003, 92º Ano.

COSTA, Maria Aracy Menezes. **Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor**. In: **A nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

GOMES, Orlando. **Contratos**, atualizado por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p.09.

GRAU, Eros e FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e do Direito Civil**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2005.

LOTUFO, Renan. **Novo Código Civil. Aspectos Relevantes - Da oportunidade da codificação do Direito Civil**. **Revista do Advogado**, ano XXII, nº68, dezembro/2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 – (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 1).

\_\_\_\_\_. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: A nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Fran. **Contrato de Obrigações Comerciais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**, 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora RT, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial para concretização das cláusulas gerais**. In: **A nova Crise do Contrato**. São Paulo: Editora RT, 2007.

ALVES, Moreira. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, v. m., j. 03.03.93, in: Revista Tribunal de Jurisprudência, n. 149, p. 666-692.

NALIN, Paulo. **Do contrato: Conceito Pós-moderno. Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil-Constitucional**. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <HTTP://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**, 3 ed. , revista e ampliada. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 – (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 1).

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M.Januário Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Constitucionalização do Direito Civil. In: Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo: Ed. Renovar, 2002.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, v. 1, 5ª edição. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2005

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**, v. 02, 5ª ed.. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – A Função Social do Contrato. In: Doutrina Civil – Primeira Seção**. RT, janeiro de 2005, p.62.